

**REVISTA DEL FORO CONSTITUCIONAL
IBEROAMERICANO**
Número 1: enero-marzo 2003

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

	<i>Página</i>
BRASIL	2
ESPAÑA	19
HONDURAS	415
MÉXICO	419
MERCOSUR	427
PERÚ	455
PORTUGAL	586
UNIÓN EUROPEA	667

[Inicio](#)

[Consejo redactor](#)

[Equipo de trabajo](#)

[Números Publicados](#)

[Base Documental](#)

[Suscríbete](#)

[Revista 1 - AJ Brasil](#)

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

BRASIL

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.666. De 3 de octubre de 2002.

[Comentario de Antonio G. Moreira Maués](#)

A Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) foi criada pela Emenda Constitucional nº 12, de agosto de 1996, pelo prazo de dois anos, para financiar as ações e serviços de saúde. Por meio da Emenda Constitucional nº 21, de março de 1999, sua cobrança foi estendida por trinta e seis meses. Finalmente, em junho de 2002, a Emenda Constitucional nº 37 prorrogou a CPMF até 31 de dezembro de 2004. No julgamento dessa ADI, o Supremo Tribunal Federal julgou que não se aplicava ao caso o prazo nonagesimal para cobrança de contribuições sociais previsto no art. 195, § 6º da Constituição ("As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b"), por considerar que se tratava de prorrogação, e não de instituição do tributo.

[Ver la providencia](#)

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238. (Medida cautelar). De 12 de febrero de 2003.

[Comentario de Antonio G. Moreira Maués](#)

A Lei Complementar nº 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), estabeleceu um conjunto de limites ao gasto e dívida públicos em todos os níveis da federação, atendendo aos acordos do Brasil com o Fundo Monetário Internacional. Aprovada durante o segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, sofreu forte oposição dos partidos de esquerda, por desrespeitar a autonomia dos poderes e dos entes federativos, além de limitar a realização de política sociais. A ADI nº 2.666 foi apresentada contra a totalidade da lei, solicitando ainda medida cautelar para suspender a eficácia de alguns de seus dispositivos. Nesse julgamento, o STF indeferiu vários desses pedidos de cautelar, mantendo seu juízo sobre a constitucionalidade das limitações impostas pela LRF. O julgamento dessa ADI iniciou-se em setembro de 2000, mas vem sendo continuamente suspenso em razão de pedidos de vistas dos Ministros.

[Ver el texto](#)

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054. (Questão de Ordem). De 20 de marzo de 2003.

[Comentario de Antonio G. Moreira Maués](#)

A Constituição de 1988 atribuiu ampla legitimidade ativa nas ações diretas de inconstitucionalidade, exigindo dos partidos políticos somente que tivessem representantes no Congresso Nacional, sem número mínimo de Deputados ou Senadores. Tendo em vista a pulverização do sistema partidário brasileiro, alguns pequenos partidos, que ingressaram com ações diretas, perderam sua representação no Congresso Nacional antes de seu julgamento, o que levou o STF a firmar jurisprudência no sentido de extinguir o processo por ilegitimidade superveniente do partido autor. Nesse caso, o STF reconheceu uma exceção a essa jurisprudência pela razão acima exposta.

TEXTO:

"Retomando o julgamento de mérito de ação direta ajuizada pelo Partido Social Trabalhista-PST contra o art. 99 e § 1º da Lei 9.610/98 — que prevêem um único escritório central para a arrecadação e distribuição de direitos autorais decorrentes de execução pública musical —, o Tribunal, apreciando questão de ordem suscitada pelo Min. Sepúlveda Pertence, que pedira vista do processo na Sessão Plenária de 19.6.2002, decidiu que, embora tenha havido, na nova legislatura, a perda de representação parlamentar no Congresso Nacional do autor da ação (o que, em tese, extingue a legitimação do partido político para prosseguir, perante o STF, no pólo ativo do processo de controle normativo abstrato), é de se determinar o prosseguimento da ação ante a peculiaridade de que, no do início do julgamento da ação, o Partido ainda estava devidamente representado no Congresso Nacional."

[Volver]



© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 06.12.2002

03/10/2002

EMENTÁRIO Nº 2 0 9 4 - 1

TRIBUNAL PLENO

ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.666-6 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

REQUERENTE : PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL

ADVOGADO : WLADIMIR SÉRGIO REALE

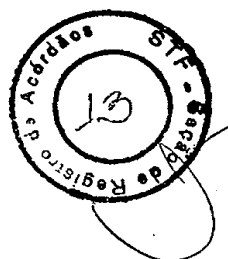
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA-CPMF (ARTS. 84 E 85, ACRESCENTADOS AO ADCT PELO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37, DE 12 DE JUNHO DE 2002).

1 - Impertinência da preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União, de que a matéria controvertida tem caráter *interna corporis* do Congresso Nacional, por dizer respeito à interpretação de normas regimentais, matéria imune à crítica judiciária. Questão que diz respeito ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, em especial às regras atinentes ao trâmite de emenda constitucional (art. 60), tendo clara estatura constitucional.

2 - Proposta de emenda que, votada e aprovada na Câmara dos Deputados, sofreu alteração no Senado Federal, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º da Constituição Federal no tocante à supressão, no Senado Federal, da expressão "*observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal*", que constava do texto aprovado pela Câmara dos Deputados em 2 (dois) turnos de votação, tendo em vista que essa alteração não importou em mudança substancial do sentido do texto (Precedente: ADC nº 3, rel. Min. Nelson Jobim). Ocorrência de mera prorrogação da Lei nº 9.311/96, modificada pela Lei nº 9.539/97, não tendo aplicação ao caso o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal. O princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente aos casos de instituição ou modificação da contribuição social, e não ao caso de simples prorrogação da lei que a houver instituído ou modificado.

3 - Ausência de inconstitucionalidade material. O § 4º, inciso IV do art. 60 da Constituição veda a deliberação quanto a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Proibida, assim, estaria a deliberação de emenda que se destinasse a suprimir do texto constitucional o § 6º do art. 195, ou que excluísse a aplicação desse preceito a uma hipótese em que, pela vontade do constituinte originário, devesse ele ser aplicado. A presente hipótese, no entanto, versa sobre a incidência ou não desse dispositivo, que se



Supremo Tribunal Federal

ADI 2.666-6/DF

mantém incólume no corpo da Carta, a um caso concreto. Não houve, no texto promulgado da emenda em debate, qualquer negativa explícita ou implícita de aplicação do princípio contido no § 6º do art. 195 da Constituição.

4 - Ação direta julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar improcedente o pedido formulado na inicial da ação direta.

Brasília, 3 de outubro de 2002.

Ilmar Galvão - Presidente



Ellen Gracie - Relatora

Supremo Tribunal Federal

03/10/2002

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.666-6 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
REQUERENTE : PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL
ADVOGADO : WLADIMIR SÉRGIO REALE
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Social Liberal (PSL), impugnando o artigo 3º da Emenda Constitucional nº 37/02, na parte em que acrescentou os novos artigos 84 e 85 ao ADCT.

Alega o requerente que esse dispositivo padece de inconstitucionalidade formal, pois o texto da mencionada Proposta de Emenda Constitucional, após ter sido aprovado pela Câmara dos Deputados em 02 turnos, foi encaminhado ao Senado Federal, onde teria sofrido alteração substancial e sido promulgado em seguida. Não tendo o texto retornado à Câmara para apreciação e votação da alteração implementada, teria havido ofensa ao art. 60, § 2º da Constituição Federal. Assevera o autor que o texto aprovado pela Câmara vinculava a cobrança da referida contribuição ao disposto no § 6º do art. 195 da Carta Política, que trata do princípio da anterioridade nonagesimal, vinculação que teria sido suprimida pelo Senado no texto aprovado e promulgado, redundando na cobrança imediata da referida contribuição provisória.

Aduz o autor, também, haver inconstitucionalidade material no dispositivo atacado. No seu entendimento, o princípio da anterioridade nonagesimal, por ser uma garantia individual do contribuinte (art. 5º, LIV e § 2º da Constituição), aplicável a todas as contribuições sociais, constitui cláusula pétrea, sendo parte substancial do texto modificado, cuja supressão teria acarretado também ofensa ao inciso IV do § 4º do art. 60 da Carta.

Requer a concessão de medida liminar visando à suspensão imediata dos efeitos da norma atacada. No mérito, postula a declaração definitiva de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, almejando também, por arrastamento, essa declaração quanto aos arts. 74, 75 e 80, inciso I do ADCT.

Supremo Tribunal Federal

ADI 2.666-6/DF

Diante da relevância da matéria e do seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, imprimi ao feito o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99.

O Senado Federal, nas informações prestadas (fls. 380/387), defendeu a constitucionalidade dos preceitos em questão.

O Advogado-Geral da União, ao defender o texto impugnado (fls. 389/445), aduz, inicialmente, que a questão em foco tem caráter *interna corporis* do Congresso Nacional, pois diz respeito à interpretação de normas regimentais, matéria que está imune à crítica judiciária. Afirma que a questão foi objeto de destaque para votação em separado (DVS), nos termos do art. 312 do Regimento Interno do Senado Federal, destaque esse que não invertia o sentido da proposição nem a modificava substancialmente. Conclui, diante da estatura meramente regimental da controvérsia, pelo não conhecimento desta ação direta.

Aduz que o § 6º do art. 195 da Constituição Federal estabelece, como marco inicial do prazo nonagesimal, a data da publicação da lei que houver instituído ou modificado as contribuições previdenciárias tratadas naquele dispositivo. No caso, segundo o Advogado-Geral, a emenda constitucional em foco apenas estendeu a vigência da Lei nº 9.311/96 até 23 de dezembro de 2004, “assegurando, assim, a garantia de que fossem mantidos todos os seus elementos constitutivos, tais como sujeito ativo, passivo, base de cálculo, alíquota, fato gerador ou hipótese de incidência”. O que houve, na sua opinião, foi mera prorrogação dessa lei, com a continuidade da cobrança da CPMF nos seus exatos termos, não tendo havido nem instituição nem modificação da contribuição para que devesse ser aplicado o disposto no § 6º do art. 195 da Carta Magna. A supressão da alusão a este preceito, assim, não teria o caráter de uma modificação substancial, diante da não aplicação desse dispositivo ao caso concreto.

O Advogado-Geral da União interpreta a inclusão, no texto aprovado na Câmara dos Deputados, da expressão “*observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal*”, a uma cautela do relator da PEC, Deputado Delfim Neto, caso a emenda não fosse promulgada antes do término da vigência da Lei nº 9.311/96, objeto da prorrogação.

Supremo Tribunal Federal

ADI 2.666-6/DF

Observa que “*chegada a PEC ao Senado Federal, o Senador Romero Jucá, com bastante propriedade, ciente de que o Senado disporia de tempo suficiente para a discussão e votação, em dois turnos, da PEC nº 18/02 (número que recebeu nesta Casa), de modo que a promulgação da Emenda Constitucional, ao contrário do que se imaginou inicialmente, se daria antes do dia 17 de junho de 2002, ofereceu emenda para, acertadamente, retirar do texto do caput do art. 84 a menção à observância do § 6º do art. 195 da CF*”.

Sustenta o Advogado-Geral, admitindo-se a hipótese de que tenha havido alteração substancial do texto no Senado Federal, que o disposto no parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal não se aplica às emendas constitucionais, tendo em vista que faz alusão apenas a projetos de lei. Como o art. 60 da Carta, alusivo às emendas, não faz qualquer referência ao retorno da proposta à Casa iniciadora, a única exigência que se faz é a de que ambas as Casas se manifestem 02 (duas) vezes (art. 60, § 2º), para que a emenda possa ser promulgada pelas respectivas Mesas (art. 60, § 3º). Conclui, assim, inexistir hierarquia entre as duas Casas Legislativas, nesta hipótese.

Diz, também, que na hipótese de a parte suprimida do texto ser autônoma em relação à parte aprovada em ambas as Casas, esta pode ser promulgada sem necessidade de retorno à Casa iniciadora, citando, em abono da sua tese, os votos proferidos pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira na ADIn nº 2.031/DF.

Salienta que o princípio da anterioridade, que se traduz como princípio da não-surpresa, não tem aplicação no presente caso, justamente por se tratar de prorrogação de uma contribuição que mantém incólume todos os seus elementos (sujeito ativo, sujeito passivo, base de cálculo e alíquota), os quais já eram conhecidos pelos contribuintes. Entende, ainda, que esse princípio não possui qualquer caráter de fundamentalidade, não podendo gozar da estatura de cláusula pétrea presente no art. 60, § 4º, IV da Constituição.

Aguarda, por fim, a improcedência desta ação direta.

O eminente Procurador-Geral da República, Professor Geraldo Brindeiro, também opina pela improcedência desta ação (fls. 449/456). Entende que a focalizada supressão não acarretou alteração substancial no texto da Proposta de Emenda Constitucional, tendo em vista que, por se tratar de mera

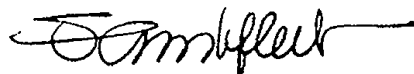
Supremo Tribunal Federal

ADI 2.566-6/DF

prorrogação de uma contribuição social que já fazia parte do ordenamento jurídico-tributário, a alusão ao disposto no § 6º do art. 195 da Constituição não teria nenhum efeito. Assevera que, diante desse fato, não se mostrou necessário o retorno da Proposta de Emenda à Câmara dos Deputados, citando em abono da sua tese a decisão desta Corte na ADC nº 3 (rel. Min. Nelson Jobim), segundo a qual *“o retorno do projeto emendado à Casa iniciadora não decorre do fato de ter sido simplesmente emendado. Só retornará se, e somente se, a emenda tenha produzido modificação de sentido na proposição jurídica. Ou seja, se a emenda produzir proposição jurídica diversa da proposição emendada”* (Informativo STF nº 173). Quanto à alegada ofensa ao art. 60, § 4º, IV da Carta Magna, entende que a proposta de emenda em questão não aboliu nenhum direito ou garantia fundamental que se notabilize como cláusula pétrea, não estando incluído no seu rol o princípio da anterioridade tributária.

Opina pela improcedência da ação.

É o relatório, a ser distribuído aos Senhores Ministros.



Supremo Tribunal Federal

ADI 2.666-6/DF

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1 - Afasto a questão preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União, de que a matéria controvertida tem caráter *interna corporis* do Congresso Nacional, por dizer respeito à interpretação de normas regimentais, matéria imune à crítica judiciária.

A questão levantada pelo requerente alude ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, em especial às regras atinentes ao trâmite de emenda constitucional (art. 60). O autor aponta vício na Proposta de Emenda Constitucional em foco porque teria sido desrespeitado o disposto no § 2º do art. 60 da Carta, segundo o qual “*a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros*”.

A impugnação não se restringe a questões meramente regimentais, mas tem clara estatura constitucional.

Conheço da ação direta.

2 - A primeira pecha de inconstitucionalidade que o requerente atribui à Emenda Constitucional nº 37/2002 é de caráter formal, decorrente da supressão, no Senado Federal, da expressão “*observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal*”, que constava do texto aprovado pela Câmara dos Deputados em 2 (dois) turnos de votação. Segundo o seu entendimento, a respectiva Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 407/01), em virtude dessa supressão, deveria ter retornado à Casa iniciadora para apreciação e votação do texto modificado.

Penso que essa mácula não existe. Esta Corte já firmou o entendimento de que, quando a modificação do texto por uma das Casas Legislativas não importa em mudança substancial do seu sentido, a Proposta de Emenda Constitucional não precisa retornar à Casa iniciadora. No julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 3, o eminente relator, Min. Nelson Jobim, ao examinar questão idêntica à presente, asseverou com propriedade:

Supremo Tribunal Federal

ADI 2.666-6/DF

“(...) O retorno do projeto emendado à Casa iniciadora não decorre do fato de ter sido simplesmente emendado.

Só retornará se, e somente se, a emenda tenha produzido modificação de sentido na proposição jurídica.

Ou seja, se a emenda produzir proposição jurídica diversa da proposição emendada.

Tal ocorrerá quando a modificação produzir alterações em qualquer um dos âmbitos de aplicação do texto emendado: material, pessoal, temporal ou espacial.

Não basta a simples modificação do enunciado pela qual se expressa a proposição jurídica.

O comando jurídico - a proposição - tem que ter sofrido alteração.(...)”

A Emenda Constitucional nº 37/02, ao incluir no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o art. 84, determinou a cobrança da CPMF até 31 de dezembro de 2004 (art. 84, *caput*), prorrogando até essa data a vigência da Lei nº 9.311/96, que instituiu tal contribuição social e dispôs sobre todos os seus aspectos essenciais. Essa prorrogação não importou em nenhuma modificação da contribuição.

No momento da promulgação da Emenda Constitucional nº 37/02, que se deu em 12 de junho de 2002, a mencionada Lei nº 9.311/96 estava em pleno vigor, tendo em vista que, por força da Emenda Constitucional nº 21/99, tal diploma legal, modificado pela Lei nº 9.539/97, vigoraria até 18 de junho de 2002.

Muito embora o texto da Emenda Constitucional nº 21/99 tenha objetivado prorrogar a CPMF então vigente, com base nas mencionadas leis, a sua promulgação tardia, em momento posterior à expiração do prazo de validade da contribuição, levou o Plenário desta Corte, ao examinar a ADIn nº 2.031/DF (rel. Min. Octávio Gallotti), onde se impugnou o texto da Emenda Constitucional nº 21, a considerar um mero desajuste gramatical a permanência, no *caput* do art. 75 do ADCT, da palavra “prorrogada”, desajuste esse decorrente da tardia promulgação da Emenda. Muito embora, portanto, a Emenda Constitucional nº 21 não tenha prorrogado efetivamente a cobrança da CPMF à luz das referidas leis, o Plenário, nesse precedente, considerou-as repristinadas, tendo a CPMF,

Supremo Tribunal Federal

ADI 2.566-6/DF

então, sido instituída de maneira inaugural na data de promulgação dessa Emenda, observando-se efetivamente a partir daí, em consequência, o princípio da anterioridade nonagesimal, nos termos do § 1º do art. 75 do ADCT, incluído por tal Emenda no corpo transitório da Carta.

Uma vez observada a noventena e estando-se diante de mera prorrogação, sem solução de continuidade temporal, eventual manutenção, no texto promulgado da Emenda Constitucional nº 37, da alusão à observância do disposto no § 6º do art. 195 da Constituição não teria efeito nenhum, pois inaplicável ao caso. Sua supressão, portanto, não importou em qualquer alteração substancial, tornando desnecessário o retorno da Proposta de Emenda Constitucional à Câmara dos Deputados para apreciação e votação do novo texto. Eventual retorno a essa Casa Legislativa e eventual reinserção da vinculação da cobrança ao § 6º do art. 195 da Constituição não teria efeito porque, tendo havido simples prorrogação, sem qualquer alteração, não se estaria diante de nenhuma das hipóteses previstas no referido dispositivo constitucional para aplicação da noventena: instituição ou modificação da contribuição social.

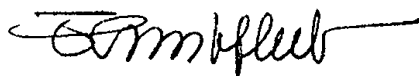
No que tange à alegada inconstitucionalidade material, reputo-a inexistente. O § 4º, inciso IV do art. 60 da Constituição veda a deliberação quanto a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Proibida, assim, estaria a deliberação de emenda que se destinasse a suprimir do texto constitucional o § 6º do art. 195, ou que excluísse a aplicação desse preceito a uma hipótese em que, pela vontade do constituinte originário, devesse ele ser aplicado. A presente hipótese, no entanto, versa sobre a incidência ou não desse dispositivo, que se mantém incólume no corpo da Carta, a um caso concreto. Não houve, no texto promulgado da emenda em debate, qualquer negativa explícita ou implícita de aplicação do princípio contido no § 6º do art. 195 da Constituição. Se o poder constituinte reformador, ao promulgar a emenda, tivesse posto a cobrança da contribuição social a salvo desse princípio, aí sim haveria inconstitucionalidade, pois o Plenário deste Supremo Tribunal, ao julgar a ADIn nº 939/DF (rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), onde se impugnou a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que autorizou a União a instituir o IPMF, considerou que o princípio da anterioridade, por ser uma garantia individual do contribuinte (art. 150, III, b da CF), se insere no rol das cláusulas pétreas imunes à atuação do poder constituinte reformador (art. 60, § 4º, IV da CF). O mesmo entendimento foi esposado no julgamento da ADIn nº 1497/DF (rel. Min. Carlos Velloso).

Supremo Tribunal Federal

ADI 2.666-6/DF

A Emenda Constitucional nº 37, no entanto, não trouxe nenhuma ofensa ao princípio da anterioridade nonagesimal. Se a prorrogação da vigência da CPMF se afeiçoasse à hipótese normativa descrita no § 6º do art. 195 da Constituição, a obediência à noventena seria incontroversa, já que este preceptivo, como já disse, se mantém incólume no texto constitucional, apto a gerar efeitos sobre as hipóteses nele previstas, não sendo necessária previsão expressa de sua aplicação no corpo da emenda. A prorrogação em questão, porém, pela sua natureza, não se subsume a nenhuma das duas hipóteses em que se tem como obrigatória a observância do prazo nonagesimal: instituição ou majoração da contribuição social.

Diante do exposto, julgo **improcedente** esta ação direta de inconstitucionalidade.



Supremo Tribunal Federal

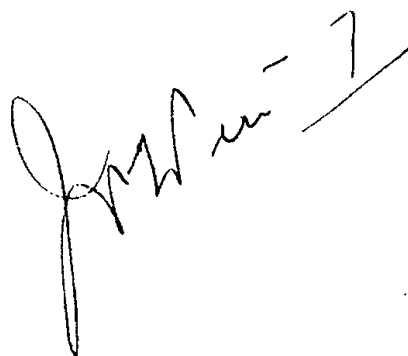
03/10/2002

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.666-6 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, teria algumas dúvidas quanto à existência ou não de alteração substancial, mas de minha parte estou muito à vontade para acompanhar a eminente Ministra-Relatora, porque fiquei vencido, no original IPMF, quanto a considerar que a anterioridade - mesmo a clássica do art. 150 - constituísse cláusula pétrea da Constituição; com mais razão, nega essa aristocrática hierarquia constitucional à modestamente chamada "anterioridade mitigada" do art. 195, § 6º.

CR/



03/10/2002

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.666-6 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (PRESIDENTE) - Senhor Presidente, neste caso, acompanho a eminente Relatora, já que se trata de prorrogação do prazo de incidência do tributo, não havendo lugar para alegação de ofensa ao princípio da anterioridade. Deixo, entretanto, ressalvado o entendimento de que foi ofendido, na hipótese, o princípio da capacidade econômica, corolário do princípio do devido processo legal, sob o aspecto substantivo, visto que mera movimentação de conta bancária não configura fato econômico suscetível de tributação.



ismr

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.666-6

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

REQTE.: PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL

ADV.: WLADIMIR SÉRGIO REALE

REQDO.: CONGRESSO NACIONAL

Decisão: O Tribunal julgou improcedente o pedido formulado na inicial da ação direta. Votou o Presidente. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ilmar Galvão, Vice-Presidente. Plenário, 03.10.2002.

Presidência do Senhor Ministro Ilmar Galvão, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tominatsu
Coordenador

Foro Constitucional Iberoamericano

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238 Julgamento da medida cautelar Informativo STF nº 297

TEXTO

“Retomado o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil “ PC do B, pelo Partido Socialista Brasileiro “ PSB e pelo Partido dos Trabalhadores “ PT contra a Lei Complementar 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências (v. Informativos 204, 206, 218 e 267). Por maioria, o Tribunal indeferiu o pedido de medida liminar quanto ao inciso II do art. 14 da citada Lei Complementar, o qual exige que a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita esteja acompanhada de medidas de compensação por meio do aumento de receita proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. O Tribunal afastou, à primeira vista, a alegada inconstitucionalidade por ofensa ao art. 167, III da CF (*“Art. 167. São vedados: ... III “ a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;”*) por entender que o dispositivo impugnado refere-se a algo já implícito na própria Constituição, dizendo respeito à forma como terão de ser compensadas as renúncias de receita, com intuito de não onerar os governos subseqüentes. Vencidos os Ministros Ilmar Galvão, relator, e Sepúlveda Pertence, que deferiam o pedido de liminar por entender que o dispositivo inibe a concessão de incentivos fiscais, faculdade inerente ao ente que exerce competência tributária, de natureza constitucional, e que, por isso mesmo, somente poderia encontrar limite na própria Constituição.

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conferiu interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do art. 21 da LC 101/2000 (*“Art. 21 “ É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda: ... II “ o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.”*), para que se entenda como “limite legal” o previsto em lei complementar.

Quanto ao § 2º do art. 29 da mesma Lei Complementar ("*Art.29 - ... § 2º - Será incluída na dívida pública consolidada da União a relativa à emissão de títulos de responsabilidade do Banco Central.*"), o Tribunal indeferiu a medida liminar pleiteada, por entender juridicamente irrelevante a tese de inconstitucionalidade sustentada pelos autores da ação, segundo a qual o dispositivo impugnado ofenderia o disposto no inciso IV do art. 192 da CF, que deveria ser objeto de regulamentação em lei complementar específica.

Relativamente ao inciso IV do § 1º do art. 59 da LC 101/2000 - o qual dispõe que os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 daquela lei, quando constatarem que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei -, o Tribunal indeferiu o pedido de medida liminar, por ausência de plausibilidade jurídica da tese de inconstitucionalidade sustentada pelos autores da ação, dado que o inciso atacado representa apenas mera advertência, sem maiores consequências.

Com referência ao art. 60 ("*Lei estadual ou municipal poderá fixar limites inferiores àqueles previstos nesta Lei Complementar para as dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito e concessão de garantias*"), o Tribunal indeferiu o pedido de medida liminar por entender que o dispositivo impugnado não viola, à primeira vista, a competência privativa do Senado Federal para dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária desses mesmos entes federativos (CF, art. 52, VII e IX), uma vez que a competência desse órgão é a de fixar limites máximos, e não mínimos.

O Tribunal também indeferiu o pedido de medida liminar quanto ao art. 68, que cria o fundo do Regime Geral de Previdência Social, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, na forma do art. 250 da CF (CF, art. 250: "*Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social, em adição aos recursos de sua arrecadação, a União poderá constituir fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desse fundo.*") Afastou-se a alegada arguição de inconstitucionalidade sustentada pelos autores da ação, uma vez que o art. 250 da CF, ao dispor sobre a instituição de fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, não exclui a hipótese de os demais recursos pertencentes à Previdência Social, até mesmo os provenientes da arrecadação de contribuições, virem a compor o referido fundo. Também entendeu o Tribunal não haver impedimento para que providência de natureza legislativa de caráter ordinário, sem alteração no texto, seja veiculada por lei complementar. Os Ministros Sepúlveda Pertence e Moreira Alves

também indeferiram a liminar, mas ressaltando que, em já havendo lei complementar que trata sobre finanças (Lei 4.320/67), a norma impugnada evidencia uma lei ordinária, podendo tratar sobre o referido fundo, que não é matéria de lei complementar.

Em seguida, o Tribunal, tendo em conta o indeferimento, por maioria, do pedido de liminar quanto ao art. 20 (v. Informativos 204 e 206), conferiu ao art. 72 interpretação conforme à CF para que se entenda como serviços de terceiros, os serviços permanentes (LC 101/2000, Art. 72: *“A despesa com serviços de terceiros dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 não poderá exceder, em percentual da receita corrente líquida, a do exercício anterior à entrada em vigor desta Lei Complementar, até o término do terceiro exercício seguinte”*). Considerou-se que a regra do art. 72 é forma para evitar que, pela contratação de terceiros, contornem-se os limites globais de despesa com pessoal.”

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Menú

Revista 1 - AJ España

Inicio

Consejo redactor

Equipo de trabajo

Números Publicados

Base Documental

Suscríbete

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

ESPAÑA

Sentencia del Tribunal Constitucional por la cual se protege el derecho a la intimidad de un recluso ante medidas excesivas de registro personal. Sentencia 218/2002, de 25 de noviembre de 2002. TOLDOCS: 224825

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional. Recurso de inconstitucionalidad 2987/95. Promovido por el Gobierno de la Nación contra determinados incisos de los arts. 13, 17 y 19 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 5/1995, de 20 abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio. Sentencia 1/2003, de 16 de enero de 2003 y Voto particular que formulan los Magistrados don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Javier Delgado Barrio y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. TOLDOCS 238344

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Presupuestos para 2002 de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Sentencia 3/2003, de 16 de enero de 2003 y Voto particular que formulan los Magistrados Excmos. Sres. don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde y doña Elisa Pérez Vera. TOLDOCS: 238345

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo contra la difusión por la policía a los medios de comunicación de una fotografía. Sentencia 14/2003, de 30 de enero de 2003. TOLDOCS: 238526

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo contra Sentencia por no apreciar discriminatorio un despido laboral. Sentencia 17/2003, de 30 de enero de 2003. TOLDOCS: 239215

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo contra Sentencia condenatoria por delito de amenazas y tenencia ilícita de armas. Sentencia 22/2003, de 10 de febrero de 2003 y Voto particular que formula el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez. TOLDOCS: 239218

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo contra Auto que declaró procedente la extradición del recurrente a Turquía, a fin de cumplir condena por dos delitos de tráfico de estupefacientes. Sentencia 32/2003, de 13 de febrero de 2003. TOLDOCS: 241437

[Ver la sentencia](#)

Auto del Tribunal Constitucional. Recusación contra el Presidente del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad contra la ley de partidos políticos. De 20 de febrero de 2003 y Voto particular de los Magistrados Excmos. Sres. don Tomás S. Vives Antón, don Pablo Cachón Villar, doña María Emilia Casas Baamonde, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo. TOLDOCS: 238577

[Ver el auto](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. Sentencia 48/2003, de 12 de marzo de 2003.

[Ver la sentencia](#)

Sentencia Del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección Sexta). Nulidad parcial del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. De 20 de marzo de 2003.

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Especial del art. 61 L.O.P.J.) Ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. De 27 de marzo de 2003. TOLDOCS: 284863

[Ver la sentencia](#)



© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

[\[Volver\]](#)

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Constitucional 218/2002 de 25 de noviembre de 2002

Boletín Oficial del Estado, 20 de diciembre de 2002, suplemento del número 304
TOLDOCS: 224825

Sala Primera. Sentencia 218/2002, de 25 de noviembre de 2002. Recurso de amparo 4226/1999. Promovido por don José Manuel García Gayo respecto de los Autos de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid que confirmó la sanción que le había sido impuesta por el Centro Penitenciario Madrid-IV por negarse a someterse a un cacheo con desnudo integral.

Vulneración del derecho a la intimidad personal: medida de control sobre las comunicaciones íntimas de los presos que no se encuentra justificada específicamente (S.T.C. 57/1994).

Comentario de Fernando Reviriego Picón.

- El Tribunal Constitucional aborda en esta sentencia las implicaciones que la «relación de sujeción especial» (conceptualización de la que ya se ha servido el propio Tribunal en múltiples ocasiones y que ha sido muy criticada por la doctrina) entre las **personas recluidas** en un centro penitenciario y la propia Administración Penitenciaria determina en el ámbito de la intimidad de aquéllas, y más específicamente en la **intimidad «corporal»**, que formaría parte de la personal.
- El supuesto de hecho abordado por la sentencia es la realización de un «cacheo con desnudo integral» de un interno tras la celebración de «comunicaciones íntimas».
- El recurso de amparo presentado está fundamentado en la vulneración del **derecho a la intimidad** del interno, así como en la lesión del principio de legalidad penal, esta última, al haber sido sancionado por una acción que no constituía infracción alguna conforme la legislación vigente.
- El Tribunal Constitucional en su argumentación, tras advertir la íntima ligazón entre las dos vulneraciones alegadas, se centrará como cuestión principal en el derecho a la intimidad personal, estimando finalmente el recurso, al considerar que el cacheo integral, tal y como ha sido realizado, ha vulnerado aquél.
- La doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia sería, en síntesis, la siguiente: las **medidas de registro personal de los reclusos**, habilitadas en sede legal, resultan necesarias en determinadas ocasiones; el objetivo pretendido con tales medidas es la protección de la seguridad y orden interno de un centro penitenciario, encontrándose justificadas aquéllas cuando se produzca una situación en el centro en donde existan amenazas, por el comportamiento de los reclusos, del orden y seguridad apuntados; no basta, por tanto, una simple invocación de protección de los intereses públicos, ni una genérica reseña de que son este tipo de comunicaciones el medio habitual de introducir sustancias u objetos en la prisión; conforme a la regla de proporcionalidad de los sacrificios debe existir una adecuada ponderación entre la medida y el derecho a la intimidad de los reclusos, pues han de

emplearse los medios que lesionen en menor medida dicho derecho, no debiendo limitarlo más allá de lo estrictamente razonable.

TEXTO DE LA SENTENCIA

Preámbulo:

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio y don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4226/99, promovido por don José Manuel García Gayo, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María del Pilar García Gutiérrez y asistido por el Abogado don Benjamín García-Rosado y Caro, contra Auto de fecha 6 de septiembre de 1999, confirmatorio del de fecha 14 de abril de 1999, ambos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid en recursos contra la resolución de la Administración del Centro Penitenciario Madrid IV-Navalcarnero, dictada en el expediente disciplinario núm. 732/98. Han intervenido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes.

1. El 14 de octubre de 1999 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de don José Manuel García Gayo en el que, indicando que interponía demanda de amparo constitucional contra el Auto de 6 de septiembre de 1999 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid, solicitaba nombramiento de Procurador y Abogado del turno de oficio y la suspensión cautelar de la ejecución de la sanción penitenciaria de forma inmediata.

2. Por diligencia de ordenación de 25 de octubre de 1999 se tuvo por recibido el señalado escrito y se concedió al recurrente un plazo de diez días para que compareciera con Abogado y Procurador o bien solicitara de este Tribunal los nombramientos de dichos profesionales del turno de oficio. Asimismo, se requirió atentamente al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid para que remitiera testimonio del expediente disciplinario núm. 732/98.

3. El 5 de noviembre de 1999 se registró en este Tribunal escrito presentado por el demandante de amparo en el que se reitera la solicitud de nombramiento de Letrado y Procurador del turno de oficio.

4. Por diligencia de ordenación de 15 de noviembre de 1999 se tiene por recibido el precedente escrito y se libra despacho al Colegio de Abogados de Madrid para que designe al recurrente Procurador y Letrado del turno de oficio que le represente y defienda, respectivamente, en el recurso de amparo que pretende interponer.

5. Por diligencia de ordenación de 16 de marzo de 2000 se tienen por recibidos el testimonio de actuaciones remitido por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid, así como los despachos de los Colegios de Procuradores y Abogados de

Madrid nombrando los correspondientes profesionales del turno de oficio y se concede a estos un plazo de veinte días para formular la demanda de amparo.

6. El 24 de marzo de 2000 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de don José Manuel García Gayo en el que argumenta en apoyo de sus derechos.

7. El 4 de mayo de 2000 se presentó ante este Tribunal el escrito de demanda de amparo formulado por la Procuradora doña María del Pilar García Gutiérrez, en nombre y representación de don José Manuel García Gayo, basándose en los siguientes hechos:

a) Don José Manuel García Gayo cumple condena en el Centro Penitenciario Madrid IV-Navalcarnero. El día 5 de agosto de 1998, al salir de una comunicación íntima con su esposa, y al llevar a cabo un cacheo integral, fue requerido por un funcionario para quitarse los calzoncillos y realizar flexiones en su presencia. Alegando que tal requerimiento era innecesario y arbitrario el demandante de amparo solicitó la presencia del Jefe de Servicios. Tras abandonar el funcionario por unos momentos el recinto, regresó asegurando haber hablado telefónicamente con aquél, quien se negó a personarse y dio instrucciones para que, de persistir el interno en su actitud, fuera conducido a aislamiento en celulares. Ante tal conminación, y expresando verbalmente su protesta, el demandante de amparo se desprendió de sus calzoncillos y efectuó las flexiones ante el funcionario.

b) La dirección del establecimiento, por propia iniciativa, decide incoar expediente disciplinario al interno formulando el siguiente cargo: «al salir del vis a vis se negó Vd. a terminar de efectuar el cacheo y quitarse los calzoncillos a no ser en presencia del Sr. Jefe de Servicios». El expedientado efectuó alegaciones en su descargo y propuso, como única prueba para acreditar los acontecimientos realmente sucedidos, el careo ante el instructor del funcionario actuante y el interno. Sin practicar prueba, la Comisión Disciplinaria, mediante Acuerdo de 13 de agosto de 1998, considerando probados los hechos del pliego de cargos, impone al hoy demandante de amparo, como autor de una falta grave del art. 109.b del Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, la sanción de quince días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

c) El demandante de amparo recurrió la resolución ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid, que siguió autos bajo el núm. 1737/99 y, antes de resolver, acordó requerir al Centro Penitenciario a fin de que remitiese la norma de régimen interior en virtud de la cual se fundamentaba el cacheo integral tras el vis a vis. Tras reiterados requerimientos, el centro penitenciario aportó acta de la sesión celebrada por su Consejo de Dirección el 24 de marzo de 1997 en la que se recogía, entre otros acuerdos, el de someter a los internos a cacheo integral después de la celebración de las comunicaciones íntimas y familiares. Estimando tal acuerdo y su documentación soporte suficiente como norma de régimen interior justificadora de la medida, consideró el Juzgado acreditada la desobediencia del demandante de amparo, entendiendo además que no se vulneró tampoco su derecho de defensa al denegarle motivadamente la prueba por él propuesta. En atención a ello, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid desestimó su recurso por Auto de 14 de abril de 1999. Interpuesto recurso de reforma contra el mismo fue desestimado por Auto de 6 de septiembre de 1999, manteniendo aquél en toda su integridad.

8. El recurrente alega en su demanda de amparo, en primer lugar, que se ha vulnerado su derecho fundamental a la intimidad personal, pues este Tribunal ha declarado que las medidas previstas en el art. 23 LOGP, para estar legitimadas, precisan de justificación en las circunstancias del centro penitenciario y la previa conducta del recluso, siendo necesario, además, que los medios utilizados para su práctica no produzcan una afectación de los derechos fundamentales y, en particular, de los reconocidos en los arts. 15 y 18.1 de la Constitución (STC 57/1994, de 28 de febrero). Al deducirse de las actuaciones que ni la situación existente en el centro en el

momento en que fue adoptada la medida, ni la conducta del interno al que se dirigía han sido acreditadas, ni siquiera invocadas, para fundamentar el cacheo integral, la sanción administrativa que castiga su resistencia a soportarla -y las resoluciones judiciales que la amparan- lesionaron el derecho del recluso a su intimidad, cuyo ámbito se vio innecesariamente restringido más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere, afectando a su dignidad personal.

Entiende, en segundo lugar, el demandante de amparo que se ha lesionado el principio de legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE, según el cual nadie puede ser sancionado por una acción que, en el momento de producirse, no constituya infracción administrativa de acuerdo con la legislación vigente. El se limitó a requerir la presencia del Jefe de Servicios a fin de que motivara la medida excepcional que se le imponía. Al negarse éste, y ante la amenaza de ser inmediatamente sancionado, accedió a ello, no sin expresar una queja verbal. De modo que no desobedeció. Conforme al art. 287.2.9 del Reglamento penitenciario de 1981, constituye obligación específica de los Jefes de Servicio «comprobar que los funcionarios que de él dependan realicen los recuentos, cacheos y requisas». Si la infracción tipificada en el art. 109.b RP 1981 consiste en «desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones» y al recurrente le cabía duda razonable sobre la justificación de la excepcional medida que se le imponía, lo único que hizo fue reclamar la presencia de quien ostenta atribuciones para ordenarla justificadamente. Doblegada su voluntad, formuló queja, comportamiento que no encaja en el tipo de la infracción que se aprecia, por lo que la sanción es arbitraria.

9. Por providencia de 26 de junio de 2000 la Sección Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo a la que hemos hecho referencia y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal, al Sr. Abogado del Estado y al solicitante de amparo para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

10. El 11 de julio de 2000 presentó sus alegaciones el Abogado del Estado. En ellas suplica que se deniegue el amparo solicitado, porque no ha existido violación de los derechos reconocidos en los arts. 18.1 y 25.1 CE. Respecto al primero, resalta que en todos los establecimientos penitenciarios siempre que cualquier recluso tiene un contacto físico con personas ajenas a ellos, en garantía de la seguridad, se realizan cacheos y comprobaciones como la efectuada. Para el representante de la Administración en ningún momento consta que el recurrente fuese requerido a desnudarse, a diferencia del supuesto de hecho que consideró este Tribunal en la STC 57/1994, de 28 de febrero. Simplemente, sin merma de su derecho a la intimidad, se quiso comprobar que, tras haber sostenido una relación con una persona ajena al establecimiento penitenciario, no recibió ningún artículo cuya introducción y circulación en aquél están prohibidas. Con referencias a la ya citada STC 57/1994, de 28 de febrero, el Abogado del Estado sostiene que los actos de la Administración penitenciaria fueron perfectamente acordes con la legalidad, puesto que las medidas de control, aun cuando restrinjan la intimidad corporal de los internos, pueden ser constitucionalmente legítimas si están justificadas por su finalidad, se fundamentan en las circunstancias del centro penitenciario y, además, por los medios utilizados para su práctica no se produce una afectación de los derechos fundamentales. Se reitera, finalmente, que al demandante de amparo no se le compelió a desnudarse ante el funcionario y que pudo hacer lo solicitado por éste con las debidas garantías para la salvaguarda de su intimidad.

En cuanto a la lesión del principio de legalidad penal, el Abogado del Estado, partiendo de la base de que el Reglamento de régimen interior del centro penitenciario ha previsto los cacheos integrales después de las comunicaciones íntimas, entiende

que no se ha producido aquella lesión, dadas las prescripciones de los arts. 41.1 LOPJ y 109.6 RP.

11. El 13 de julio de 2000 tuvieron entrada en el Registro de este Tribunal las alegaciones del Ministerio Fiscal. En ellas se manifiesta que el supuesto que nos ocupa resulta absolutamente idéntico al analizado en la STC 57/1994, de 28 de febrero, por lo que no cabe otra opción que la de su cita literal, que es lo que lleva a cabo destacando que no se ha expresado razón alguna que justificase la orden del funcionario de prisiones, ni en el acuerdo de la Comisión Disciplinaria, ni tampoco en los dos Autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Por todo ello, interesa que se dicte Sentencia otorgando el amparo.

12. En escrito registrado en este Tribunal el 25 de julio de 2000, la representación procesal del demandante de amparo manifiesta que reitera enteramente en este trámite cuantos argumentos de hecho y de derecho invocó en su escrito de formalización de la demanda, suplicando que se tengan por reproducidas las alegaciones allí efectuadas.

13. El 4 de junio de 2001 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito del recurrente solicitando que se le informe de la fecha designada para la vista y Sentencia del proceso formalizado.

14. Por providencia de 21 de noviembre de 2002 se acordó para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo tiene por objeto la impugnación de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid, de fecha 14 de abril y 6 de septiembre de 1999, confirmatorios del acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario Madrid IV-Navalcarnero de 13 de agosto de 1998, por el que se imponía al demandante de amparo la sanción de quince días de privación de paseos y actos recreativos comunes, por haberse negado «al salir del vis a vis... a terminar de efectuar el cacheo y quitarse los calzoncillos a no ser en presencia del Sr. Jefe de Servicios».

El recurrente en amparo alega que las resoluciones impugnadas lesionan sus derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al respeto del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Y es de advertir que, puesto que tales vulneraciones se atribuyen directamente a la Administración penitenciaria, estamos ante un recurso de amparo del art. 43 LOTC, dado que aquéllas sólo afectarían a las decisiones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en la medida en que no las repararon. Aduce en apoyo de su tesis la doctrina de la STC 57/1994, de 28 de febrero, en la que, en su opinión, se resuelve un caso similar al suyo.

Para el Abogado del Estado no ha existido violación de los derechos citados. Resalta la, a su juicio, falta de similitud del supuesto resuelto por la STC 57/1994, de 28 de febrero, y el que ahora examinamos en el que no se compelió al recurrente a desnudarse y hace referencia a las normas en las que se basa la sanción impugnada, normas que implican que no existe lesión del principio de legalidad.

Por su parte, el Ministerio Fiscal manifiesta que el supuesto que nos ocupa resulta absolutamente idéntico al analizado en la citada STC 57/1994 y por ello, y por no existir la más mínima motivación que justifique la orden del funcionario de prisiones,

ni en ésta ni en los dos Autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, interesa que se dicte Sentencia otorgando el amparo.

2. Es de advertir, ante todo, que las dos vulneraciones de derechos fundamentales que se han alegado en estos autos están íntimamente ligadas entre sí, pues es la orden de proceder a un cacheo integral, a la que se atribuye la vulneración del derecho a la intimidad, la que origina la conducta posterior del demandante de amparo, que da lugar a la imposición de una sanción que, estima el actor, infringe las exigencias del principio de legalidad sancionadora.

En estos términos, la cuestión principal planteada es la que atañe a la vulneración del derecho a la intimidad personal -art. 18.1 CE.

3. Los hechos que han dado lugar a este recurso de amparo pueden sintetizarse así: el día 5 de agosto de 1998, en el Centro Penitenciario Madrid IV-Navalcarnero, después de una «comunicación vis a vis» se procedió a efectuar un «cacheo integral», en el curso del cual el actor «se negó a despojarse de sus calzoncillos, a no ser en presencia del Sr. Jefe de Servicios», siendo de añadir que, a pesar de que éste no se personó en el lugar, el interno acabó accediendo a lo que se ordenaba. La orden de «cacheo integral» carecía de toda motivación.

Así las cosas, resulta claro que los hechos guardan una identidad sustancial con los que dieron lugar a la STC 57/1994, de 28 de febrero: si en ésta la orden era desnudarse para el cacheo, en el caso que ahora se examina la orden era de cacheo integral despojándose de los calzoncillos, lo que resulta claramente equivalente y, aunque en el caso de autos se alude a la existencia de «batas», ni en el «parte de hechos» del funcionario, ni en el pliego de cargos, ni en el acuerdo sancionador se hace referencia a ellas.

4. En estos términos, bastará con recoger la doctrina de aquella Sentencia, reiterada en la STC 204/2000, de 24 de julio:

a) «El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988, FJ 3; 179/1991, FJ 3, y 20/1992, FJ 3).

De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, FJ 7; 120/1990, FJ 12, y 137/1990, FJ 10)».

b) Ya «con referencia al concreto ámbito penitenciario este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad 'aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere' (STC 89/1987, FJ 2)».

c) «En el presente caso, cierto es que la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración penitenciaria, y que ésta, en virtud de tal situación especial, ha de velar por la seguridad y el buen orden del centro, deber que le viene impuesto por la Ley Orgánica general penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos. Mas no es menos cierto que, pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, estos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo `respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena" (art. 3 LOGP), entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos.

De otra parte, es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario. Y entre tales situaciones se halla ciertamente, aquélla en la que existe una situación excepcional en el centro, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos, como se ha reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (Decisión de 15 de mayo de 1990, caso McFeel y otros) al declarar proporcionada a la finalidad perseguida una medida de registro similar a la aquí impugnada.

Sin embargo, el anterior supuesto pone de relieve que para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, como antes se ha dicho, pues es preciso cohonestarla con el derecho a la intimidad de los reclusos. De manera que, al adoptar tal medida, es preciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y bien se comprende que el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental».

5. Incluso puede añadirse que el art. 71.1 RP prescribe que «las medidas de seguridad se registrarán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas. Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico», concretando en su art. 68.2 que «por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios».

6. Y en el caso que ahora se examina falta toda mención de los motivos de seguridad concretos y específicos que determinaron la necesidad del cacheo integral despojándose de los calzoncillos. No se ha alegado que en el Centro Penitenciario Madrid IV-Navalcarnero existiera una situación que por sí sola entrañase una

amenaza para su buen orden que hiciera necesaria la medida aquí discutida, ni tampoco que el comportamiento del ahora demandante de amparo pudiera generar la fundada sospecha o indicios serios de que tratase de introducir en el centro penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro la seguridad o la convivencia ordenada en el establecimiento, y aún será de añadir que en el expediente personal del actor no constaba «la existencia de sanciones firmes por infracciones graves o muy graves» -fundamento 3 del expediente.

En último término, y en cuanto a la fundamentación de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, bastará recordar que «no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación

basta reparar que sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el art. 18.1 CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso» (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6).

De lo expuesto deriva que el cacheo integral concretamente ordenado en el caso que ahora se examina, sin la específica fundamentación ya señalada, vulneró el derecho a la intimidad personal del hoy demandante de amparo -art. 18.1 CE-, provocando así la nulidad de la sanción impuesta y, por tanto, de las resoluciones judiciales que no la repararon, siendo, por consecuencia, procedente el pronunciamiento previsto en el art. 53 a) LOTC.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo promovido por don José Manuel García Gayo y, en consecuencia:

1. Reconocer el derecho del recurrente a la intimidad personal -art. 18.1 CE.
2. Declarar la nulidad del Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario Madrid IV-Navalcarnero de 13 de agosto de 1998, dictada en el expediente disciplinario núm. 732/98, así como de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid de 14 de abril y 6 de septiembre de 1999, que resolvieron en alzada y reforma la impugnación de aquélla.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil dos.-Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.-Pablo García Manzano.-María Emilia Casas Baamonde.-Javier Delgado Barrio.-Roberto García-Calvo y Montiel.-Firmado y rubricado

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003 de 16 de enero de 2003 TOLDOCS 238344

Pleno. Sentencia 1/2003, de 16 de enero de 2003. Recurso de inconstitucionalidad 2987/95. Promovido por el Gobierno de la Nación contra determinados incisos de los arts. 13, 17 y 19 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 5/1995, de 20 abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio.

Voto particular que formulan los Magistrados don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Javier Delgado Barrio y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Comentario de Pablo Pérez Tremps.

- Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Esta sentencia, además de analizar el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de **funcionarios**, plantea el problema de la naturaleza del vicio de inconstitucionalidad de la norma autonómica que resulta contraria a las bases del Estado de forma sobrevenida por dictarse éstas después de la ley controvertida; la sentencia entiende que hay nulidad de la ley mientras que el Voto Particular estima que puede resolverse el conflicto mediante la cláusula de prevalencia del derecho estatal.

TEXTO DE LA SENTENCIA

Preámbulo:

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 2987/95, interpuesto por el Gobierno de la Nación, representado por el Abogado del Estado, contra determinados incisos de los arts. 13, 17 y 19 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 5/1995, de 20 abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio. Ha comparecido y formulado alegaciones la Junta de Extremadura, representada por la

Letrada de su Gabinete Jurídico. Ha sido Ponente la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 2 de agosto de 1995, con invocación expresa del art. 161.2 CE, formuló recurso de inconstitucionalidad contra determinados incisos de los arts. 13, 17 y 19 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 5/1995, de 20 abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 26 julio. Concretamente se impugna el art. 13, que da nueva redacción al art. 35, en el apartado f), de dicho texto refundido, en el concreto extremo que dispone que se pierde la condición de funcionario por "falta de petición de reingreso al servicio activo durante el período de duración de la excedencia voluntaria ... por agrupación familiar"; el art. 17, en cuanto que modifica el art. 39, en el apartado 2.B.b, párrafo segundo, del referido texto refundido, que asimismo establece que "la falta de petición de reingreso al servicio activo al finalizar el período máximo de excedencia por agrupación familiar o cuando desaparezcan las causas que dieron lugar a su concesión, comportará la pérdida de la condición de funcionario"; y el art. 19, que otorga nueva redacción al art. 40, en su apartado 5, inciso último, del meritado texto refundido, que prevé que "los demás funcionarios en excedencia forzosa, cuando incumplan las obligaciones mencionadas, perderán la condición de funcionario".

A tenor del escrito rector de este proceso constitucional, los términos del recurso y su fundamentación jurídica son los siguientes:

a) El Abogado del Estado considera, en concreto, que los preceptos impugnados introducen nuevos supuestos de pérdida de la condición de funcionario no contemplados en la normativa básica estatal en materia de régimen estatutario de los funcionarios públicos. Estas bases estarían contenidas para el aspecto que nos ocupa en el art. 37 del texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado (LFCE), aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero. Este precepto, que dado su carácter básico sería de "aplicación al personal de todas las Administraciones públicas", no contempla entre las causas de pérdida de la condición funcional dos nuevos supuestos introducidos por la Ley extremeña 5/1995. En concreto: los derivados de la falta de solicitud en plazo del reingreso al servicio activo de los funcionarios autonómicos en la situación administrativa de excedencia voluntaria por agrupación familiar, por un lado, y del incumplimiento de determinadas obligaciones por parte de ciertos funcionarios que se encuentren en situación de excedencia forzosa, por otro.

Añade el Abogado del Estado que la única nueva causa de pérdida de la condición funcional prevista en la normativa básica estatal es la derivada de no solicitar el reingreso al servicio activo durante el período de duración de la excedencia voluntaria por interés particular, según lo dispuesto en el art. 29.3.c de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la redacción dada al mismo por el art. 19 de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo.

b) El Abogado del Estado recuerda, en efecto, que, según nuestra STC 99/1987, de 11 de junio, la normativa relativa a la pérdida de la condición de funcionario forma parte del régimen estatutario de los funcionarios públicos, correspondiendo la fijación de las bases en esta materia al Estado, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE. En este sentido, es indudable, a su juicio, que, a pesar de su naturaleza preconstitucional, el art. 37 LFCE es claramente una norma básica desde el punto de vista material, "por su indudable carácter de reguladora de un elemento esencial del régimen estatutario de los funcionarios públicos, como es la regulación de las causas

de pérdida de la condición de funcionario, elemento esencial por referirse a la finalización o extinción de la relación estatutaria en sí misma; es, por tanto, un elemento configurador de la relación estatutaria, estableciendo una delimitación de la misma al fijar las *conditionis iuris* de su extinción, lo que es ciertamente parte de la conformación estructural de la propia relación estatutaria, caracterizada justamente por resultar su nacimiento, contenido y extinción de lo establecido en la ley y no de la voluntad de las partes". Considera, además, el Abogado del Estado que es connatural a esta norma básica estatal "su condición de cerrada o limitativa", precisando acto seguido que "la fijación normativa, con carácter objetivo y reglado, de las causas de pérdida de la condición de funcionario, por motivos tasados, es un elemento esencial de la función pública moderna, caracterizada entre otras cosas por la supresión del *spoils system* (sistema de cesantías o de confianza); por ello, este elemento de la regulación estatutaria reviste en sí una finalidad fundamental garantizadora de la estabilidad de la función pública (conectada con las exigencias de profesionalidad e imparcialidad, que derivan de la exigencia constitucional de objetividad), aunque ciertamente con respeto a los principios de eficacia y jerarquía, igualmente constitucionalizados (art. 103.1 CE) ... Por todo ello, no parece que sea artificioso o forzado conectar esta regulación incluso con el art. 149.1.1 CE y con el propio art. 139 CE. Esta regulación, en cuanto recoge unas garantías mínimas de la función pública, debe ser la misma en todo el territorio nacional, sin que las Comunidades Autónomas puedan variarla, y especialmente sin que puedan variarla mediante la creación de nuevas causas de pérdida de la condición de funcionario, que es lo que realizan los preceptos aquí impugnados, que por ello vulneran la normativa estatal básica, incurriendo en inconstitucionalidad".

c) Mediante otrosí termina suplicando el Abogado del Estado que, habiéndose invocado por el Gobierno el art. 161.2 CE, "se acuerde la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados".

d) Al escrito de recurso se adjunta certificación expedida por el Ministro de la Presidencia, Secretario del Consejo de Ministros, dando cuenta del Acuerdo adoptado por este órgano colegiado en su reunión de 28 de julio de 1995, y en el que se solicita de su Presidente la interposición del presente recurso de inconstitucionalidad, así como el oficio dirigido por el Presidente del Gobierno de la Nación al Director General del Servicio Jurídico del Estado ordenando la formalización del recurso.

2. Por providencia de 18 de agosto de 1995 la Sección de Vacaciones de este Tribunal acordó admitir a trámite este recurso de inconstitucionalidad, dar traslado, con arreglo al art. 34.1 LOTC, de la demanda y de los documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, así como a la Asamblea y al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura al objeto de que, en el plazo de quince días, pudiesen personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren pertinentes, tener por invocado por parte del Gobierno de la Nación el art. 161.2 CE, lo que, a tenor del art. 30 LOTC, produjo la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso para las partes legitimadas en el proceso y desde la publicación del correspondiente edicto en el "Boletín Oficial del Estado" para terceros, y, por último, publicar la incoación del recurso y la suspensión acordada en el "Boletín Oficial del Estado" y en el "Diario Oficial de Extremadura".

Esta providencia fue publicada en el "Boletín Oficial del Estado" núm. 202, de 24 de agosto de 1995.

3. Mediante escrito sellado en el Registro General de este Tribunal el 7 de septiembre de 1995 el Congreso de los Diputados comunicó que la Mesa de la Cámara, en su reunión de 5 de septiembre de 1995, había acordado no personarse ni formular alegaciones en este proceso constitucional, poniendo, no obstante, a disposición de este Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiese precisar. Por escrito

presentado el 8 de septiembre de 1995, el Senado dio cuenta del acuerdo de la Mesa de esta Cámara de 5 de septiembre de 1995, en el que se interesa la personación de la misma en el presente proceso constitucional y se ofrece su colaboración a los efectos previstos en el art. 88.1 LOTC.

4. La Letrada de la Junta de Extremadura, en la representación procesal que de la misma ostenta por ministerio de la ley, se personó y formuló alegaciones a través de su escrito de 16 de septiembre de 1995. Su argumentación jurídica puede sintetizarse en los siguientes términos:

a) Los dos nuevos supuestos de pérdida de la condición de funcionario previstos en los preceptos impugnados por el Gobierno de la Nación (esto es, la extinción de la relación funcional, por un lado, de aquellos empleados públicos que estando en situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar no solicitaren el reingreso al servicio activo al término de la misma o al desaparecer las causas por las que les fue concedida dicha situación administrativa -arts. 13 y 17 de la Ley 5/1995, de 20 de abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura, que otorgan una nueva redacción a los arts. 35.f y 39.2.B.b, párrafo segundo, del citado texto refundido-; y, por otro, de aquellos funcionarios que, estando en situación de excedencia forzosa sin que ésta sea consecuencia de una situación de expectativa de destino, incumplan las obligaciones que les vienen impuestas por la legislación vigente en la materia -art. 19 de la Ley extremeña 5/1995, que da un nuevo contenido al art. 40.5, inciso final, del referido texto refundido-; no vulneran "ningún precepto declarado o considerado básico, y en consecuencia de competencia exclusiva del Estado, sino que, antes bien, la nueva legislación autonómica obedece precisamente al intento de respetar, al contrario de lo que ha venido haciendo la Administración estatal en esta materia, los aspectos básico[s] que del régimen estatutario de los funcionarios públicos [se] recoge[n] en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública".

b) Recuerda la representante de la Junta de Extremadura que la Ley estatal 22/1993 introdujo en la Ley 30/1984 una nueva forma de excedencia voluntaria a la que podrían acogerse los funcionarios: la excedencia voluntaria por agrupación familiar. Esta nueva situación administrativa se encuentra regulada en el art. 29.3.d de la Ley 30/1984, que el art. 1.3 de esta misma norma declararía expresamente básico. Ahora bien, la Administración del Estado no habría hecho en el citado precepto legal una regulación completa de la nueva situación administrativa. En concreto, no habría previsto "qué debe ocurrir cuando transcurrido el tiempo concedido para disfrutar de la misma, o bien, cuando desaparecieran los motivos que dieron origen a su concesión, el funcionario excedente no solicitara su reingreso al servicio activo, en qué situación habría de quedar en caso de darse este supuesto".

Ante esta laguna existente en la norma básica estatal, el proceder de la Administración estatal y el de la autonómica habría sido muy diferente. Así, el Estado habría colmado tal vacío normativo en el Reglamento de situaciones administrativas, aprobado mediante Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, cuyo art. 17.2 prevé que, en caso de que los funcionarios civiles de la Administración General del Estado no soliciten su reingreso al servicio activo antes de finalizar el período máximo de quince años previsto para tal situación administrativa, se declare de oficio el pase de dichos empleados públicos a la situación de excedencia voluntaria por interés particular. Por el contrario, los arts. 13 y 17 de la Ley extremeña 5/1995 habrían previsto una solución completamente distinta para la referida laguna legal: "la pérdida de la condición de funcionario de quien no solicitara a su debido tiempo el reingreso al servicio activo".

La solución normativa ofrecida por el Estado al establecer en el Reglamento de situaciones administrativas el pase de los funcionarios en situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar que no soliciten su reingreso al servicio activo a la

situación de excedencia voluntaria por interés particular sería, a juicio de la representación del Gobierno extremeño, contraria, precisamente, a la propia normativa estatal básica. La razón es que sólo se puede acceder a esta situación de excedencia voluntaria por interés particular, según el art. 29.3.c de la Ley 30/1984 -precepto que tiene carácter básico de acuerdo con lo establecido por el art. 1.3 de esta misma Ley- cuando se hayan prestado servicios en la Administración durante al menos cinco años. Frente a esta previsión legal de naturaleza básica, el citado Reglamento de situaciones administrativas posibilita una excepción: la concesión de la situación de excedencia voluntaria por interés particular sin haber transcurrido el plazo mínimo de cinco años de permanencia en servicio activo, si se proviene de la situación de excedencia por agrupación familiar -que no requiere una antigüedad determinada- y no se pide el reingreso. Para salvar esta contradicción la Junta dictó las normas ahora impugnadas (en concreto, los arts. 13 y 17), previendo un nuevo supuesto de extinción de la relación funcional. Tan evidente es, a su juicio, la contradicción entre las previsiones básicas de la Ley 30/1984 y el art. 17.2 del Reglamento de situaciones administrativas de 1995 que la propia Administración General del Estado, en una circular de junio de 1995, copia de la cual se adjunta, habría señalado que el pase de la excedencia por agrupación familiar a la de interés particular tan sólo se produciría si hubiesen transcurrido cinco años de servicio en la Administración. En definitiva: lo que habría hecho la Junta de Extremadura habría sido exclusivamente ceñirse a la legislación básica estatal contenida en la Ley 30/1984 -modificada por la Ley 22/1993-, colmando adecuada y coherentemente la laguna observada en el art. 29.3.d de la citada Ley 30/1984 -en la redacción dada al mismo por la Ley 22/1993-, cosa que, por el contrario, no habría hecho el Reglamento estatal de situaciones administrativas de 1995.

c) En otro orden de cosas, la Letrada de la Junta de Extremadura afirma, en relación con la naturaleza jurídica del art. 37 LFCE, que, aunque no cabe ninguna duda de que "la pérdida de la condición de funcionario forma parte del régimen estatutario de los funcionarios", esto "no tiene necesariamente que significar que la lista de causas que aparecen en dicho precepto tenga que ser tasada o absolutamente cerrada, puesto que por un lado estamos ante una norma preconstitucional, y por tanto no declarada básica en ninguno de sus aspectos, y por otro existe ya una norma, la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que establece el régimen básico estatutario de los funcionarios y que sin embargo paradójicamente no incluye los supuestos de pérdida de la condición de funcionario". A ello debe añadirse, según la Letrada de la Administración extremeña, que el ámbito regulador de la pérdida de la condición de funcionario no tiene por qué quedar estancado en el tiempo, "recogido en una ley anquilosada e inadaptada, a la espera de una regulación actualizada que haga el Estado, cuya oportunidad ha perdido cada vez que ha regulado el estatuto funcional modificando la primigenia Ley 30/84 de Medidas para la reforma de la Función Pública, sin introducir, matizar o siquiera ratificar los preceptos de la Ley de 1964 afectados por esta materia". A la vista de estos datos concluye la representación procesal del Gobierno extremeño que "ni todas y cada una de las causas de pérdida de la condición de funcionario tienen por qué revestir carácter básico, ni sólo las recogidas en el artículo 37 de la Ley de Funcionarios de 1964 tienen que ser las únicas posibles. Un ejemplo de ello se encuentra en el propio artículo 29.3.c) último párrafo de la Ley de medidas que introduce una nueva causa de pérdida de la condición de funcionario, no prevista en el artículo 37 citado: la no solicitud de incorporación al servicio activo al término del periodo de excedencia voluntaria por interés particular ... El artículo 37 podrá en todo caso considerarse básico en cuanto a las causas de pérdida de la condición de funcionario que en él se recogen [y que] deberán ser respetadas y contempladas en la normativa autonómica pero no en cuanto a la exclusión de otras causas que directa o indirectamente puedan deducirse de la propia normativa actual analizada ésta de una forma racional y lógica".

d) La Letrada de la Junta de Extremadura considera, además, que, al prever los arts. 13 y 17 de la Ley autonómica 5/1995 como causa de pérdida de la condición funcional de los empleados públicos en situación de excedencia voluntaria por

agrupación familiar la falta de solicitud de reingreso en el servicio activo dentro del plazo máximo de duración de esa situación administrativa, no sólo respetan dichos preceptos la legislación básica postconstitucional en materia de situaciones administrativas (en concreto, el art. 29.3.c de la Ley 30/1984), sino que, incluso, tampoco contravienen el art. 37 LFCE de 1964, porque en ellos "realmente no se ha creado una nueva causa de pérdida de la condición de funcionario, sino que en esencia se ha regulado un supuesto de renuncia a dicha condición, ya que la consecuencia prevista en los citados artículos deviene de la dejación que el propio funcionario hace de un deber, dejación que ha de entenderse voluntaria, y por tanto la consecuencia es querida por él mismo: si no solicita el reingreso al servicio activo será porque no pretende reincorporarse a la Administración, lo cual implica en realidad la renuncia a su condición de funcionario". Esta renuncia implícita o tácita encajaría en la causa de pérdida de la condición funcional prevista en el art. 37.1.a LFCE de 1964.

e) En relación con la problemática jurídica suscitada por el supuesto de pérdida de la condición funcional previsto en el art. 19 de la Ley extremeña 5/1995 (es decir, en aquellos casos en que "el funcionario en excedencia forzosa, cuyo origen es la situación de suspensión firme, no cumpla con las obligaciones que la ley le impone, como la obligación de participar en los procedimientos de provisión de puestos que sean convocados, etc."), la representación procesal de la Junta de Extremadura considera que es perfectamente asimilable a la originada por la causa regulada en los arts. 13 y 17, por lo que las manifestaciones realizadas en torno a estos dos últimos preceptos son plenamente trasladables a aquél.

f) Sobre la base de todas las consideraciones precedentes, la Letrada del Gobierno extremeño suplica que se dicte Sentencia por parte de este Tribunal desestimatoria del presente recurso, declarando la plena constitucionalidad de los preceptos autonómicos impugnados.

g) Mediante otrosí se solicita, por un lado, que la suspensión se ciña, en todo caso, exclusivamente a los incisos impugnados y no al resto de los preceptos en los cuales se enmarcan; y, por otro, que se proceda al alzamiento de la suspensión de las disposiciones recurridas, puesto que, "mientras no hay ningún posible perjuicio en este caso que afecte a los intereses particulares que no pueda ser reparado en caso de ser necesario (reincorporación del funcionario que perdió la condición de tal, en caso de que se declaren inconstitucionales los preceptos recurridos, con el reconocimiento de los derechos retributivos de antigüedad etc. que le correspondieran), el mantenimiento de la suspensión de los preceptos plantea una grave problemática que afecta a los intereses generales por cuanto crea un vacío normativo cuya resolución es difícil en caso de que se produzcan las situaciones que [se] recogen en los preceptos impugnados, lo que conlleva una cierta inestabilidad al régimen funcional que daña el sistema estatutario vigente".

5. La Asamblea de Extremadura se personó en el proceso a través de escrito registrado en este Tribunal el 18 de septiembre de 1995, remitiendo además los antecedentes parlamentarios de las disposiciones recurridas y poniéndose a disposición de este Tribunal para cuantas actuaciones pudieran ser requeridas.

6. Por providencia de 26 de septiembre de 1995, la Sección Tercera de este Tribunal acordó oír al Abogado del Estado y a la Asamblea de Extremadura para que alegasen en el plazo de cinco días sobre la petición de levantamiento de la suspensión y de que ésta se ciñese a los concretos incisos impugnados.

Mediante escrito presentado el 3 de octubre de 1995 en el Registro General de este Tribunal, el Abogado del Estado se opuso a lo pedido, solicitando que se acuerde "el mantenimiento de la suspensión de dichos preceptos, dado que indudablemente pueden producir perjuicios a terceros (en este caso, a los funcionarios afectados), de

reparación difícil y problemática, y sobre todo, de gran entidad en todo caso. Los preceptos impugnados coinciden en establecer nuevos supuestos, no previstos en la legislación estatal, nada más y nada menos que de pérdida de la condición de funcionario, situación de la máxima gravedad y trascendencia para el afectado, en la que la posibilidad de la reparación posterior nunca puede enervar los graves perjuicios que tal pérdida ocasiona mientras puede durar, entre los que no es el menor la privación de sus medios económicos de vida".

La referida Sección Tercera de este Tribunal dictó providencia el 24 de octubre de 1995 acordando no pronunciarse todavía acerca del alzamiento de la suspensión, así como denegar lo solicitado "sobre la limitación de los efectos de la suspensión de los preceptos impugnados, ya que ésta se contrae a los que son objeto del recurso de inconstitucionalidad que ... se precisan en la providencia de admisión a trámite de 18 de agosto último".

7. Próximo a finalizar el plazo de los cinco meses que determina el art. 161.2 CE desde que se produjo la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados en este proceso constitucional, la Sección Tercera de este Tribunal acordó, mediante providencia de 27 de noviembre de 1995, oír a las partes personadas en el mismo - Abogado del Estado y Letrados de la Junta y de la Asamblea de Extremadura- para que, en el plazo común de cinco días, pudieran alegar lo que estimaren pertinente acerca del mantenimiento o levantamiento de dicha suspensión.

Mediante escrito de 1 de diciembre del mismo año, el Abogado del Estado reiteró su oposición al alzamiento de la suspensión. La Asamblea de Extremadura suplicó, por el contrario, el levantamiento de la misma mediante escrito registrado en este Tribunal el 11 de diciembre siguiente. Por último, la Junta de Extremadura, a través de escrito del día 13 del mismo mes y año, y reiterando parcialmente lo dicho en sus anteriores alegaciones de 16 de septiembre de 1995, se mostró igualmente partidaria del levantamiento de la suspensión por considerar que no habría lesión ni para los intereses generales ni para los particulares, pues, en este último caso, el hipotético daño que se derivaría para los terceros de una eventual pérdida de la condición de funcionario sería fácilmente reparable mediante la reincorporación a su puesto de trabajo, el reconocimiento de sus derechos retributivos, etc., "con lo que no cabe alegar este perjuicio como causa de la suspensión de los preceptos". Más bien, al contrario, "el mantenimiento de la suspensión de los preceptos impugnados produciría un vacío normativo cuya resolución es difícil en caso de que se produzcan las situaciones que se recogen en el articulado en cuestión, lo que conlleva una segura inestabilidad del régimen funcional que sí afecta a los intereses generales negativamente".

8. Mediante el ATC 348/1995, de 19 de diciembre, el Pleno de este Tribunal acordó mantener la suspensión de las disposiciones recurridas, pues, "dada la radicalidad de la medida prevista en los preceptos impugnados -que introducen nuevas causas de pérdida de la condición de funcionario-, su aplicación podría producir situaciones de suma gravedad y trascendencia para los afectados. El que los perjuicios derivados de una posible declaración de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados pudieran repararse a posteriori mediante la reincorporación de los afectados a la función pública y mediante el correspondiente reconocimiento de derechos económicos, no compensa las graves consecuencias que a tales personas puede acarrear la pérdida de la condición de funcionario, consecuencias entre las que puede encontrarse la privación de sus medios de vida". En definitiva, concluimos en el citado Auto, "los perjuicios que podrían derivarse del levantamiento de la suspensión de los preceptos impugnados son mayores que los que produce, o puede producir su mantenimiento, máxime cuando no hay un interés general que se vea afectado por éste (o, mejor dicho, no hay otro interés general que el mantenimiento de la vigencia de la ley), sin que pueda compartirse la afirmación de la representante de la Junta de Extremadura de que el mantenimiento de la suspensión produciría un vacío legal

sobre la materia; en realidad, lo que se produce es, más simplemente, la imposibilidad de aplicar las causas previstas en los preceptos objeto del recurso de inconstitucionalidad hasta que el mismo sea resuelto, debiendo resolverse las posibles situaciones que se presenten de acuerdo con la normativa básica estatal y la normativa autonómica sobre función pública".

9. Por providencia de 14 de enero de 2003 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Gobierno de la Nación impugna en el presente recurso de inconstitucionalidad determinados incisos de los arts. 13, 17 y 19 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 5/1995, de 20 abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 26 julio. Concretamente se impugna el art. 13, que da nueva redacción al art. 35, en su letra f), de dicho texto refundido, en el concreto extremo que dispone que se pierde la condición de funcionario por "falta de petición de reingreso al servicio activo durante el período de duración de la excedencia voluntaria ... por agrupación familiar"; el art. 17, en cuanto modifica el art. 39, en su apartado 2.B.b, párrafo segundo, del referido texto refundido, que asimismo establece que "la falta de petición de reingreso al servicio activo al finalizar el período máximo de excedencia por agrupación familiar o cuando desaparezcan las causas que dieron lugar a su concesión, comportará la pérdida de la condición de funcionario"; y el art. 19, que otorga nueva redacción al art. 40, en su apartado 5, inciso último, del meritado texto refundido, que prevé que "los demás funcionarios en excedencia forzosa, cuando incumplan las obligaciones mencionadas, perderán la condición de funcionario".

Los tres incisos legales cuestionados se enmarcan dentro de la regulación efectuada por el legislador autonómico de dos situaciones administrativas concretas en las que pueden encontrarse los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y que son, por un lado, la excedencia voluntaria por agrupación familiar, y, por otro, la excedencia forzosa de los funcionarios que no sea consecuencia de una situación de expectativa de destino. El aspecto relevante de esta regulación, que es el objeto concreto de la impugnación, estriba en que el cese en cada una de ellas lleva aparejada la pérdida de la condición funcional como consecuencia del cumplimiento del supuesto de hecho previsto en los preceptos objeto de este recurso de inconstitucionalidad. En particular: a) en los arts. 35.f y 39.2.B.b, párrafo segundo, de la Ley de la función pública de Extremadura de 1990 -en la redacción dada a los mismos por los arts. 13 y 17 de la referida Ley 5/1995- para el supuesto de la excedencia voluntaria por agrupación familiar (es decir, cuando haya una falta de petición de reingreso al servicio activo al finalizar el período máximo de esta situación de excedencia o desaparezcan las causas que dieron lugar a su concesión); y b) en el art. 40.5, inciso último, de la Ley de la función pública de Extremadura -tras su nueva redacción por el art. 19 de la Ley 5/1995- para el supuesto de que el funcionario en excedencia forzosa, que no sea consecuencia de una situación de expectativa de destino, incumpla las obligaciones precisadas en el propio art. 40 de la Ley de la función pública de Extremadura (esto es, básicamente, la participación en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo que sean convocados, solicitando aquellos puestos para los que se cumplan los requisitos exigidos en la relación de puestos de trabajo y que le sean notificados, la aceptación con carácter provisional de los destinos que se señalen en puestos de características similares o la participación en cursos de formación que se ofrezcan).

Estos preceptos de la legislación extremeña en materia de función pública en los que se ligan a la regulación de las situaciones administrativas indicadas unos específicos

supuestos de pérdida de la condición de funcionario son, según el Abogado del Estado, inconstitucionales, al introducir nuevas causas de extinción de la relación funcional no contempladas en la normativa básica estatal en la materia. A juicio de la representación del Gobierno de la Nación, la normativa relativa a la pérdida de la condición funcional forma parte del régimen estatutario de los funcionarios públicos, por lo que, en virtud del art. 149.1.18 CE, corresponde a la Administración del Estado la fijación de las bases en esta materia. En la actualidad tales bases están contenidas desde un punto de vista material en una norma de carácter preconstitucional (el art. 37 del texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, en adelante LFCE), siendo connatural a esta normativa básica estatal su condición de cerrada o limitativa, por lo que las Comunidades Autónomas no pueden prever nuevos supuestos de pérdida de la condición de funcionario.

La Letrada de la Junta de Extremadura considera, por el contrario, que los preceptos impugnados en el presente recurso respetan la normativa básica del Estado en materia funcional, siendo, por tanto, plenamente constitucionales. En este sentido, argumenta que cuando la Ley estatal 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, introdujo con carácter básico en la Ley 30/1984 la situación administrativa de excedencia voluntaria por agrupación familiar no efectuó una regulación completa de la misma. No previó, en concreto, cuál había de ser la consecuencia jurídica de que un funcionario en situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar no solicitase su reingreso al servicio activo en plazo o desapareciesen los motivos que dieron origen a su concesión. Pues bien, al disponer el cese en la condición funcional en estos casos, los arts. 13 y 17 de la Ley extremeña 5/1995 no han hecho otra cosa (dando una nueva redacción a los arts. 35.f y 39.2.B.b, párrafo segundo, de la Ley de la función pública de Extremadura de 1990) que colmar la laguna existente en la normativa estatal sobre la referida situación administrativa. Y ello dentro del absoluto respeto de la normativa básica estatal reguladora del resto de las situaciones administrativas. Continúa su razonamiento la Letrada de la Junta de Extremadura subrayando que los preceptos impugnados tampoco contravienen las bases estatales relativas a la pérdida de la condición de funcionario. En este orden de ideas señala en su escrito de alegaciones que el supuesto de extinción de la relación funcional introducido por los arts. 13 y 17 de la Ley autonómica 5/1995 constituye una modalidad de renuncia implícita o tácita que encaja perfectamente en la causa de pérdida de la condición de funcionario prevista en el art. 37.1.a LFCE de 1964. Esta conclusión, sin embargo, no impide a la representación procesal de la Administración extremeña reflexionar sobre la naturaleza jurídica del citado art. 37 LFCE, indicando que este precepto no contiene, en modo alguno, unas bases cerradas. Afirma, en concreto, que ni todas y cada una de las causas de pérdida de la condición de funcionario tienen por qué revestir carácter básico, ni sólo las recogidas en el art. 37 LFCE de 1964 tienen por qué ser las únicas posibles, precisando, a continuación, que este precepto podrá en todo caso considerarse básico en cuanto a las causas de pérdida de la condición de funcionario que en él se recogen, debiendo ser, por tanto, respetadas y contempladas en la normativa autonómica, pero ello no puede excluir la existencia de otros posibles supuestos de extinción de la relación funcional. La Letrada de la Junta de Extremadura considera, por último, que la causa de extinción de la relación funcional prevista por el art. 19 de esta misma Ley en relación con las situaciones de excedencia forzosa es perfectamente asimilable al supuesto de pérdida de la condición de funcionario ligado a la situación administrativa de excedencia voluntaria por agrupación familiar, regulada en los arts. 13 y 17 de la Ley autonómica 5/1995, por lo que las consideraciones realizadas en torno a estos preceptos (y que se corresponden con el grueso de las realizadas en su escrito de alegaciones) son plenamente trasladables a aquél.

2. Aunque el Gobierno de la Nación impugna tres incisos de los artículos 13, 17 y 19 de la Ley extremeña 5/1995 por introducir dos nuevas causas de pérdida de la

condición de funcionario supuestamente no previstas en la legislación estatal que califica de básica en esta materia, lo cierto es, no obstante, que esta regulación innovadora se enmarca dentro de la ordenación de otro aspecto esencial integrante del estatuto de los funcionarios públicos, cual es el de las situaciones administrativas. Partiendo de esta premisa esencial, la resolución del presente recurso de inconstitucionalidad exige despejar sucesivamente una triple incógnita. Así, en primer lugar, es necesario determinar con carácter previo cuál es la naturaleza de la normativa estatal que eventualmente resultaría vulnerada por los preceptos autonómicos recurridos. O, en otros términos, si la normativa estatal en materia, tanto de situaciones administrativas, como de pérdida de la condición de funcionario, tiene o no naturaleza básica, y, en su caso, con qué extensión. Resulta esencial analizar, en segundo lugar, en qué medida se produce una disconformidad entre la normativa estatal reguladora de los dos ámbitos reseñados del estatuto de los funcionarios públicos y la regulación autonómica cuestionada. En tercer y último lugar, es indispensable precisar si, en caso de existir efectivamente una discordancia entre el Derecho estatal y el autonómico, tal disconformidad resulta o no admisible desde el punto de vista constitucional, teniendo en cuenta de manera muy particular que, con posterioridad al planteamiento por el Abogado del Estado del recurso de inconstitucionalidad ahora enjuiciado, las Cortes Generales han modificado parcialmente en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la normativa básica estatal existente en el momento de la promulgación de la Ley extremeña 5/1995, de 20 de abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura, relativa a las situaciones administrativas, e indirectamente a la pérdida de la condición funcionarial.

Pues bien, atendiendo a esta última perspectiva del análisis, resulta necesario recordar que este Tribunal debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos autonómicos impugnados tomando como parámetro de control no la legislación básica estatal vigente en el momento de formularse el recurso de inconstitucionalidad, sino la realmente en vigor en el momento de dictar Sentencia: "la legislación básica del Estado a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en este tipo de proceso constitucional - hemos afirmado literalmente en nuestra STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 3- ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión sobre la regularidad constitucional (SSTC 87/1985, 137/1986, 27/1987 y 154/1988)".

3. Hemos tenido ya la oportunidad de señalar en distintas ocasiones que, tanto la pérdida de la condición de funcionario, como las situaciones administrativas que puedan acontecer a lo largo de la carrera funcionarial, son dos aspectos que claramente forman parte del concepto constitucional de "estatuto de los funcionarios públicos". En este sentido, y tal y como señalamos en la STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.c, y hemos recordado recientemente en la STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 8, los contornos de este concepto, empleado por los arts. 103.3 y 149.1.18 CE, "no pueden definirse en abstracto y a priori", debiendo entenderse comprendida en su ámbito, "en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas".

La regulación del estatuto funcionarial está constitucionalmente reservada a la Ley (art. 103.3 CE). Esta reserva de ley tiene un alcance relativo, pues no impide la colaboración de las normas reglamentarias y, en su caso, de otro tipo de fuentes normativas (como los convenios colectivos), aunque ésta por definición deba ser limitada, en la ordenación de la materia. En este sentido dijimos en la STC 99/1987, de 11 de junio, que, en virtud de la reserva constitucional de ley, deberá ser "reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos

incluidos en el estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma [con rango] de Ley en la labor que la Constitución le encomienda" (FJ 3.c). Ello no significa, por supuesto, que "las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa". O, expresado en otros términos, y tal y como este Tribunal tiene declarado en relación con otros ámbitos materiales reservados por la Constitución a la regulación por Ley, no es imposible en esta materia una intervención auxiliar o complementaria del reglamento (o, en su caso, como ya hemos reseñado de otras fuentes del Derecho), siempre que, como ya se señalara en la STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 4), "esas remisiones sean tales que restrinjan efectivamente, el ejercicio de esa potestad [reglamentaria] a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, de modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esa facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir" (SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.a, y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 5).

La clave para determinar en nuestro Estado autonómico qué legislador es el competente para cumplimentar la reserva de ley en relación con el estatuto de los funcionarios públicos, y más en particular con sus dos aspectos integrantes esenciales para la resolución del presente recurso -la extinción de la relación funcional y las situaciones administrativas-, está contenida en el art. 149.1.18 CE. A tenor de este precepto el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva para el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (y, por tanto, de sus aspectos relativos a la pérdida de la condición de funcionario y a las situaciones administrativas), mientras que a las Comunidades Autónomas, en nuestro caso, a la Comunidad Autónoma de Extremadura, en virtud del actual art. 8.5 de su Estatuto de Autonomía, les corresponde la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, de acuerdo con aquella legislación básica, en relación con el estatuto de la función pública autonómica y local (STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 8).

4. Una vez precisado el marco general de distribución de competencias entre la Administración estatal y la autonómica en materia de régimen estatutario de los funcionarios públicos es necesario determinar a continuación las bases estatales en los dos aspectos integrantes de este estatuto, fundamentales para la resolución de este recurso constitucional, comenzando, en primer lugar, por el análisis de la normativa reguladora del ámbito de la pérdida de la condición funcional, y dejando para un segundo momento el estudio de la regulación de las situaciones administrativas.

En relación con el primer plano señalado, el Abogado del Estado basa su recurso de inconstitucionalidad en la afirmación de que el art. 37 LFCE de 1964, a pesar de su carácter preconstitucional, contiene desde un punto de vista material las bases en materia de extinción de la relación funcional, señalando, además, que dichas bases son absolutamente cerradas. O lo que es lo mismo las causas establecidas en el referido precepto (esto es, la renuncia, la pérdida de la nacionalidad española, la sanción disciplinaria de separación del servicio, la pena de inhabilitación -absoluta o especial- y la jubilación) son, en su opinión, de aplicación al personal de todas las Administraciones públicas, sin que los legisladores autonómicos puedan establecer otros nuevos supuestos de pérdida de la condición de funcionario.

Esta tesis debe ser rechazada a la luz de nuestra más reciente jurisprudencia en materia de régimen jurídico del estatuto de los funcionarios públicos contenida en la STC 37/2002, de 14 de febrero. En esta decisión ya afrontamos la problemática relativa a la calificación como básicos de determinados preceptos de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, o, enunciada esta cuestión de una manera más general, nos planteamos si era posible "inferir normas básicas de la legislación preconstitucional en una materia en la que el legislador estatal postconstitucional ha procedido a establecer de una manera aparentemente completa, en el ejercicio de sus competencias, las bases de la misma, sin que hubiera declarado básicas aquellas normas preconstitucionales". Y ello, teniendo en cuenta que "la noción formal de bases elaborada por la doctrina de este Tribunal Constitucional y la finalidad con ella perseguida de dotar de una determinación cierta y estable a los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas mal se compadecen con la posibilidad de poder seguir infiriendo bases de las normas legales preconstitucionales cuando el legislador estatal constitucional ha procedido en el ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida a establecer de manera aparentemente completa e innovadora las bases sobre una determinada materia, a menos que declare expresamente la pretendida naturaleza básica de esas normas legales preconstitucionales o dicha naturaleza resulte, sin lugar a dudas, de ser éstas un complemento indispensable de las normas básicas postconstitucionales por deducirse de su propia estructura que no han pretendido agotar la regulación de todos los aspectos de la materia"(STC 37/2002, FJ 9).

Nuestra respuesta a esta cuestión fue la siguiente en relación con el estatuto de los funcionarios públicos: "El legislador estatal postconstitucional ha procedido a regular de manera completa, al menos aparentemente, las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Dichas bases, aplicables, en lo que ahora interesa, a los funcionarios de todas las Administraciones públicas, sin perjuicio, por tanto, de las previsiones específicas, resulten o no básicas, relativas a concretos regímenes funcionariales, están contenidas, principalmente, en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas y en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como en las disposiciones legales que las modificaron".

Partiendo de esta delimitación, y del hecho de que el legislador básico postconstitucional había procedido a tipificar en el art. 31 de la Ley 30/1984 un elenco de infracciones disciplinarias calificadas como muy graves, establecimos en relación con el régimen disciplinario, aspecto este que también forma parte del estatuto de los funcionarios públicos, que cuando el legislador estatal ha hecho uso de su competencia para "establecer de manera aparentemente completa e innovadora las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas, definiendo en cuanto al régimen disciplinario como norma básica común a todos ellos el art. 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, no cabe atribuir, de conformidad con la doctrina antes expuesta, naturaleza básica a los preceptos de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 referidos al mencionado régimen disciplinario, al no haber sido declarados expresamente como básicos por el legislador estatal postconstitucional, ni poder inferirse dicho carácter de su posible consideración como complemento necesario de las normas básicas postconstitucionales, al no existir dato alguno que permita deducir de manera cierta y clara que el legislador postconstitucional no haya pretendido agotar la regulación de los aspectos que ha estimado básicos de la materia" (FJ 9). Debe tenerse en cuenta, como se acaba de indicar, que el referido art. 31 de la Ley 30/1984 (modificado en distintas ocasiones) se limita en la actualidad exclusivamente a enumerar un abanico de faltas tipificadas como muy graves, sin que ni siquiera dicho abanico tenga la naturaleza de bases cerradas, puesto que, como señalamos en la tantas veces citada STC 37/2002, "el

carácter básico del art. 31.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, no excluye o impide la tipificación como faltas muy graves de otras conductas por las Comunidades Autónomas mediante su actividad legiferante en desarrollo de la normativa básica estatal siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica" (FJ 13).

Aplicando esta doctrina a la vertiente específica del estatuto de los funcionarios públicos que ahora nos ocupa (esto es, la pérdida de la condición de funcionario), el análisis de la legislación estatal arroja diversos datos que conducen a negar carácter básico al art. 37 LFCE de 1964. Y es que, en efecto, aunque a primera vista este precepto preconstitucional parece regular de manera sistemática y completa las distintas causas de extinción de la relación funcional, no pueden desconocerse las siguientes circunstancias: a) La Ley 30/1984, ya en su formulación originaria, reguló con carácter básico, según disponía expresamente su propio art. 1.3, algunos aspectos relativos a la extinción de la relación funcional. En este sentido, el art. 33 modificó la edad establecida por la LFCE de 1964 para la jubilación forzosa, rebajándola para su declaración de oficio a los sesenta y cinco años ("La jubilación forzosa -disponía este precepto- se declarará de oficio al cumplir los funcionarios los sesenta y cinco años de edad"). Este precepto ha sido modificado con posterioridad por el art. 107 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, disposición esta última que ha procedido a flexibilizar la edad de jubilación forzosa. b) El art. 14 de la Ley 22/1993 añadió un nuevo artículo 34 a la Ley 30/1984 regulando, sin declarar su carácter básico, un supuesto de extinción de la relación funcional: la jubilación voluntaria incentivada. c) El art. 19 de la citada Ley 22/1993 incorporó una nueva causa de extinción de la relación funcional, pero esta vez dotada expresamente de carácter básico (art. 1.3 de la Ley 30/1984, modificado por el art. 14 de la Ley 22/1993) al dar una nueva redacción al art. 29.3.c de la Ley 30/1984: "La falta de petición de reingreso al servicio activo dentro del periodo de duración de la excedencia voluntaria por interés particular comportará la pérdida de la condición de funcionario", periodo de duración que en ningún caso podía ser superior a quince años. Esta causa de extinción de la relación funcional de naturaleza básica (no prevista en el art. 37 LFCE de 1964, sino en el art. 29.3.c de la Ley 30/1984) ha dejado de existir tras la reforma operada en el citado art. 29.3.c por el art. 104 de la Ley 13/1996, al eliminar este último precepto el límite temporal máximo de posible permanencia en la situación de excedencia voluntaria por interés particular. d) El legislador postconstitucional, mediante el art. 105 de la Ley 13/1996, ha modificado incluso el propio tenor literal del art. 37 LFCE de 1964, sin predicar su carácter básico, y ya no sólo del conjunto de este precepto, sino ni tan siquiera de los incisos afectados [en concreto, la letra d) de su apartado primero, el párrafo segundo de su apartado segundo o sus nuevos apartados 3 y 4].

Del análisis de esta serie de elementos normativos resulta evidente que, en primer lugar, el legislador estatal tan sólo ha declarado básico en materia de extinción de la relación funcional el art. 33 de la Ley 30/1984 relativo a la edad de jubilación forzosa (sin olvidar que declaró básica también mediante la Ley 22/1993 otra causa hoy inexistente: la pérdida de la condición de funcionario ligada a la extinción de la excedencia voluntaria por interés particular); que, en segundo lugar, a pesar de que se ha modificado sustancialmente el tenor del art. 37 LFCE de 1964 mediante normas postconstitucionales, el legislador estatal no ha declarado en ningún momento el carácter básico, ni del precepto en su conjunto, ni de ninguna de sus partes integrantes; y que, finalmente, existe un supuesto de extinción de la relación funcional (la jubilación forzosa incentivada) cuya regulación por el legislador postconstitucional carece de carácter básico.

En definitiva, habiendo establecido el legislador postconstitucional de manera aparentemente completa e innovadora las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas en lo que se refiere a la pérdida de la condición funcional en el art. 33 de la Ley 30/1984 (e históricamente en el art. 19 de la Ley 22/1993 que daba nueva redacción al art. 29.3.c de la Ley 30/1984,

introduciendo una nueva causa de extinción de la relación funcional, causa extintiva que, tras la modificación de este último precepto por el art. 104 de la Ley 13/1996, ha dejado de existir), no cabe atribuir, de conformidad con la doctrina sentada por la STC 37/2002, de 14 de febrero, naturaleza básica al art. 37 LFCE de 1964, al no haber sido declarado expresamente como básico por el legislador estatal postconstitucional, a pesar de haber modificado dicho precepto sustancialmente mediante el art. 104 de la Ley 13/1996, ni poder inferirse dicho carácter de su posible consideración como complemento necesario de las normas básicas, pues, ciertamente, no sólo no existe dato alguno que permita deducir de manera cierta y clara que el legislador postconstitucional no haya pretendido agotar la regulación de los aspectos que ha estimado básicos en la materia, sino que más bien, por el contrario, de las evidencias existentes (la falta de declaración de básico del art. 37 LFCE a pesar de haber sufrido una amplia reforma en 1996, o la regulación sin carácter básico de la jubilación forzosa incentivada en 1993) se desprende precisamente lo contrario: cuando el legislador estatal postconstitucional ha considerado que alguno de los aspectos relativos a la extinción de la relación funcional debía ser básico así lo ha declarado expresamente.

5. En relación con el segundo ámbito de problemas, la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 también contenía en el Capítulo IV de su Título III una extensa regulación de las situaciones administrativas de los funcionarios, que, aunque parcialmente vigente en la actualidad, fue modificada de forma sustancial por el legislador estatal postconstitucional mediante la Ley 30/1984, reformada a su vez por las Leyes 22/1993 y 13/1996.

La resolución del presente recurso de inconstitucionalidad requiere la determinación de la naturaleza jurídica de las normas estatales reguladoras tanto de la situación administrativa de excedencia voluntaria por agrupación familiar, como de la relativa a la excedencia forzosa no derivada de una situación de expectativa de destino. En todo caso es conveniente avanzar ya en este momento que, después de la aprobación de la Ley extremeña 5/1995 y de la interposición de este recurso contra la misma por parte del Abogado del Estado mediante escrito de 2 de agosto de 1995, el legislador estatal dictó la Ley 13/1996, en cuyo art. 104 se han introducido modificaciones en la regulación de las situaciones administrativas de especial importancia para la resolución de este litigio constitucional. Debemos, pues, proceder a analizar la competencia del Estado en materia de situaciones administrativas para determinar después el uso realizado de sus competencias.

Las situaciones administrativas que pueden acontecer a lo largo de la carrera funcional constituyen un aspecto fundamental del estatuto de los funcionarios públicos (SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.º, y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 5.º). En la medida en que ello es así, corresponde al Estado, en virtud del art. 149.1.18 CE, la competencia exclusiva para la fijación de las bases en materia de situaciones administrativas (y, en particular, en relación con la situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar y con la de excedencia forzosa no derivada de una situación de expectativa de destino), mientras que las Comunidades Autónomas (y en concreto a la Comunidad Autónoma de Extremadura) han asumido las competencias de desarrollo legislativo y de ejecución. Determinado el reparto competencial en la materia, es necesario examinar la manera en la que el legislador estatal ha hecho uso de su potestad de normación básica, lo que debe hacerse en dos momentos sucesivos: primero, precisando la normativa estatal vigente en el momento de aprobación de la Ley extremeña controvertida en 1995, para después observar los cambios introducidos en el Derecho estatal, tras la interposición del presente recurso de inconstitucionalidad, mediante la Ley 13/1996.

La normativa estatal vigente en materia de situaciones administrativas en el momento de promulgación de la Ley extremeña 5/1995 y de interposición del presente recurso de inconstitucionalidad puede sintetizarse en los siguientes términos:

1) El art. 20 de la Ley 22/1993 añadió una nueva letra d) al apartado 3 del art. 29 de la Ley 30/1984. En este nuevo precepto se introdujo por el legislador estatal con carácter básico, a tenor del art. 1.3 de la citada Ley 30/1984 en la redacción dada al mismo por el art. 14 de la Ley 22/1993, una nueva situación administrativa: la excedencia voluntaria por agrupación familiar. En su regulación inicial el legislador estatal se limitó a definir esta nueva situación administrativa, indicando sus plazos mínimo y máximo de duración. No estableció, sin embargo, en la norma básica estatal cuál había de ser la consecuencia jurídica derivada del agotamiento del plazo máximo de 15 años sin que el funcionario, hasta entonces en situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar, solicitase su reingreso al servicio activo. En otras palabras, el legislador básico estatal no dispuso que la falta de tal solicitud provocase, bien la pérdida de la condición de funcionario, bien el paso a otra situación administrativa (como por ejemplo la excedencia voluntaria por interés particular) o bien, finalmente, otra consecuencia jurídica cualquiera.

En definitiva, el Estado, al establecer la regulación básica de esta situación administrativa, se limitó única y exclusivamente a definir cuándo procedía su concesión y a fijar sus plazos de duración. La consecuencia jurídica de la falta de solicitud de reingreso al servicio activo, por tanto, no fue dotada por el legislador estatal en 1993 de naturaleza básica, sino que su regulación fue diferida a la esfera del desarrollo normativo de lo básico.

En este ámbito del desarrollo normativo, la forma de proceder de la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma de Extremadura fue diferente. Así, el art. 17.2 del Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, dispuso que los funcionarios civiles de la Administración estatal que, antes de finalizar el período máximo de duración de la situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar, no solicitaren su reingreso al servicio activo, serían declarados de oficio en situación de excedencia voluntaria por interés particular. El legislador extremeño optó, sin embargo, por establecer en los arts. 13 y 17 de su Ley 5/1995 otra consecuencia jurídica bien distinta: la extinción de la relación funcional de quien no solicitase en plazo su reingreso al servicio activo.

2) La situación de excedencia forzosa ha sido regulada tanto por el legislador estatal preconstitucional (art. 44 LFCE de 1964) como por el postconstitucional (el art. 23 de la Ley 22/1993 añadió un nuevo apartado 6 al art. 29 de la Ley 30/1984 con el objeto de regular una "nueva modalidad de excedencia forzosa": la aplicable a funcionarios en expectativa de destino). Esta normativa legal se completó en el ámbito de la Administración estatal mediante el art. 13 del Reglamento de situaciones administrativas de 1995. Pues bien, tanto en este Reglamento como en la legislación extremeña, en concreto en el art. 40 de la Ley de la función pública de Extremadura, en la redacción dada al mismo por el art. 19 de la Ley autonómica 5/1995, se recogen dos supuestos de excedencia forzosa: a) la derivada de una situación de expectativa de destino cuando, o bien transcurra el período máximo fijado para la misma, o bien los funcionarios en dicha situación de expectativa de destino incumplan las obligaciones legalmente establecidas; y b) la proveniente de una situación de suspensión firme cuando, una vez cumplido el período de suspensión impuesto, el funcionario solicite el reingreso al servicio activo y no se le conceda en el plazo de seis meses contados a partir de la extinción de la responsabilidad penal o disciplinaria.

Es necesario subrayar, en todo caso, que el legislador estatal postconstitucional se limitó en un primer momento a regular exclusivamente con carácter básico (art. 1.3 de la Ley 30/1984, en la redacción dada a este precepto por el art. 14 de la Ley 22/1993) la excedencia forzosa aplicable a los funcionarios en expectativa de destino. Es básica, en concreto, la previsión de que los funcionarios que se encuentren en esta situación administrativa e incumplan las obligaciones establecidas en el propio art. 29.6 de la Ley 30/1984 (en la redacción dada al mismo por el art. 23 de la Ley 22/1993),

pasarán a la situación de excedencia voluntaria por interés particular. Las obligaciones referidas, dotadas también de naturaleza básica, son: participar en los concursos adecuados a su cuerpo, escala o categoría que les sean notificados, aceptar los destinos que se les señalen en puestos de características similares y participar en los cursos de capacitación que se les ofrezcan.

El legislador estatal postconstitucional no ha regulado, por el contrario, la situación de excedencia forzosa derivada de una situación de suspensión firme en ninguno de sus aspectos, por lo que debe entenderse que la Administración del Estado renunciaba a fijar una normativa básica respecto de esta modalidad de excedencia forzosa.

En tal contexto de ausencia de normación básica, el Estado reguló los diferentes aspectos de esta situación administrativa en el art. 14 del Reglamento de situaciones administrativas de 1995, previendo, en lo que aquí importa, que cuando los funcionarios, cuya excedencia forzosa derive de una situación de suspensión firme, incumplan ciertas obligaciones reglamentariamente establecidas (y, más en concreto, las de participar en los concursos que se convoquen para la provisión de puestos de trabajo cuyos requisitos de desempeño reúnan y que les sean notificados, y aceptar el reingreso obligatorio al servicio activo en puestos correspondientes a su cuerpo y escala) pasarán a la situación de excedencia voluntaria por interés particular. La Comunidad Autónoma de Extremadura se decantó, sin embargo, por una regulación absolutamente contraria a ésta: los funcionarios autonómicos que se encuentren en la referida situación administrativa derivada de una situación de suspensión firme e incumplan las obligaciones previstas en el art. 40 de la Ley de la función pública de Extremadura de 1990, en la redacción dada al mismo por el art. 19 de la Ley autonómica 5/1995 (esto es, participar en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo que sean convocados, solicitando aquellos puestos para los que cumplan los requisitos exigidos en la relación de puestos de trabajo y que les sean notificados; aceptar con carácter provisional los destinos que se les señalen en puestos de características similares; y participar en los cursos de formación que se les ofrezcan), perderán la condición de funcionario.

Recapitulando podemos señalar que, en el momento en que se promulgó la Ley extremeña 5/1995, regulando, en lo que a este litigio constitucional concierne, las situaciones administrativas de excedencia voluntaria por agrupación familiar y de excedencia forzosa derivada de una situación de suspensión firme, con la concreta previsión en ambos tipos de supuestos de que los funcionarios en una de estas situaciones que incumpliesen ciertas obligaciones perderían su condición funcional, el legislador estatal había hecho uso de su competencia para fijar las bases en materia de situaciones administrativas en la Ley 30/1984, modificada por la Ley 22/1993. Pues bien, esta legislación básica postconstitucional sólo reguló, por un lado, la definición de cuándo procedía la situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar y cuáles eran los plazos máximo y mínimo de su duración, pero renunció a fijar la consecuencia jurídica derivada de la circunstancia de que un funcionario en esta situación incumpliese la obligación de solicitar en plazo su reingreso al servicio activo. Por otro lado, y en relación con la situación de excedencia forzosa, el legislador básico estatal se limitó a regular única y exclusivamente una de las modalidades de este tipo de situación, dejando en manos de la normación de desarrollo, estatal o autonómica, el establecimiento de la normativa ordenadora de cualquier otro tipo de excedencia forzosa, y muy en particular de la derivada de una situación de suspensión firme.

6. Por su parte, la normativa estatal reguladora de las situaciones administrativas vigente en la actualidad ha cambiado sustancialmente el panorama descrito.

En efecto, con posterioridad al momento de la promulgación de la Ley extremeña 5/1995 y de su impugnación ante este Tribunal por el Gobierno de la Nación en los extremos que han quedado señalados, el Estado ha vuelto a hacer uso de sus

competencias para establecer las bases del régimen estatutario de la función pública (art. 149.1.18 CE), dando una nueva redacción al art. 29.3.c de la Ley 30/1984 mediante el art. 104 de la Ley 13/1996. A pesar de que esta última Ley no se ha referido expresamente (ni en su art. 104 ni en cualquiera otra de sus disposiciones) a la naturaleza jurídica del indicado art. 29.3.c de la Ley 30/1984 cuando ha modificado su contenido, y sin perjuicio de que el principio de seguridad jurídica demanda una manifestación expresa del legislador estatal al respecto, hay que entender, no obstante, que el mismo sigue siendo formalmente básico en virtud de que así lo declara el art. 1.3 de esta misma Ley 30/1984, precepto este no modificado por la Ley 13/1996. Y si bien es cierto que el citado precepto se refiere a un tercer tipo de situación administrativa distinto a las dos puestas en cuestión en este recurso (en concreto, la de excedencia voluntaria por interés particular), no cabe duda de que sus efectos jurídicos se extienden a las situaciones de excedencia voluntaria por agrupación familiar y de excedencia forzosa derivada de una situación de suspensión firme. Resulta cierto también, aunque ello no tenga una trascendencia directa para la resolución de este recurso, que con la nueva redacción del citado precepto se suprime una causa de extinción de la relación funcionarial introducida en 1993. En efecto, según la redacción dada al art. 29.3.c de la Ley 30/1984 por el art. 19 de la Ley 22/1993, la falta de petición de reingreso al servicio activo dentro del período de duración de la excedencia voluntaria por interés particular, período que no podía ser superior a quince años, comportaba la pérdida de la condición de funcionario. El vigente art. 29.3.c de la Ley 30/1984 suprime el plazo máximo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria por interés particular, por lo que en caso de que un funcionario en tal situación administrativa no solicite el reingreso al servicio activo podrá permanecer de manera indefinida en tal situación, sin perder, por tanto, su condición de funcionario.

Es, por el contrario, esencial para la resolución del presente proceso constitucional la circunstancia de que el art. 29.3.c de la Ley 30/1984 en su redacción actual disponga con carácter básico que la finalización de la causa que determinó el pase a una situación administrativa distinta a la del servicio activo provoca la declaración de excedencia voluntaria por interés particular, incluso cuando los funcionarios incumplan la obligación de solicitar el reingreso en el plazo máximo establecido: "Procederá asimismo -dispone literalmente este precepto en su párrafo tercero- declarar en excedencia voluntaria a los funcionarios públicos cuando, finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de servicio activo, incumplan la obligación de solicitar el reingreso en el plazo establecido reglamentariamente". De esta forma, las bases estatales en materia de situaciones administrativas se han extendido a dos aspectos que no abarcaban con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1996. Así, y en primer lugar, el legislador básico ha previsto la consecuencia jurídica de que un funcionario en situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar no solicite su reingreso al servicio activo al finalizar el plazo máximo de permanencia en aquella situación o de que desaparezcan las causas que dieron lugar a su concesión. Esta consecuencia consiste en el tránsito automático a la situación de excedencia voluntaria por interés particular, pero en modo alguno en la pérdida de la condición de funcionario. Lo mismo sucede, en segundo lugar, en el caso de que los funcionarios en situación de excedencia forzosa derivada de una situación de suspensión firme incumplan las obligaciones de participar en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, aceptar con carácter provisional los destinos que se les señalen en puestos de características similares o participar en los cursos de formación que se les ofrezcan. En este segundo tipo de supuestos, en efecto, el incumplimiento de tales obligaciones acarrea el pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular, pero no la extinción de la relación funcionarial.

7. Una vez estudiada la normativa estatal reguladora de la pérdida de la condición de funcionario y de las situaciones administrativas de excedencia voluntaria por agrupación familiar y de excedencia forzosa no derivada de una situación de expectativa de destino, y analizada su naturaleza jurídica, es imprescindible

comprobar en qué medida se produce una disconformidad entre esta normativa estatal y los preceptos de la legislación extremeña impugnados, tanto, por un lado, en el momento de promulgación de la Ley autonómica 5/1995 y de planteamiento del presente recurso en 1995, como, por otro, en el momento actual en que procede resolverlo. Realizada esta operación jurídica de contraste resulta finalmente necesario, en caso de comprobarse la efectiva existencia de una discordancia entre ambos ordenamientos jurídicos, determinar si la misma es admisible o no desde un punto de vista constitucional.

En el momento de interposición del presente recurso de inconstitucionalidad el 2 de agosto de 1995, la consecuencia jurídica de la falta de solicitud de reingreso al servicio activo de los funcionarios en situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar antes de finalizar el período de quince años de duración máxima de esta situación estaba regulada de manera diferente en la legislación estatal y en la autonómica. Así, ante la falta de un pronunciamiento específico sobre esta cuestión en la legislación básica estatal contenida en el art. 29.3.d de la Ley 30/1984 -en la redacción dada al mismo por el art. 20 de la Ley 22/1993-, la Administración estatal y la extremeña optaron legítimamente por soluciones radicalmente distintas a la hora de desarrollar las bases estatales: a) el artículo 17.2 del Reglamento de situaciones administrativas de 1995 previó en relación con los funcionarios civiles de la Administración General del Estado la declaración de oficio de estos funcionarios en situación de excedencia voluntaria por interés particular; b) los arts. 35.f y 39.2.B.b, párrafo segundo, de la Ley de la función pública de Extremadura de 1990 -en la redacción dada a los mismos por los arts. 13 y 17 de la Ley autonómica 5/1995- dispusieron, por el contrario, la pérdida de la condición funcional de los funcionarios de la Administración extremeña, y ello en virtud de la competencia autonómica para el desarrollo legislativo de lo básico. Pues bien, esta regulación autonómica, no sólo respetaba la legislación básica estatal en materia de situaciones administrativas, sino que hacía lo propio también con respecto a las bases relativas a la pérdida de la condición funcional existentes en 1995, bases fijadas en aquel momento, recordemos, en el art. 33 de la Ley 30/1984 (al prever la edad máxima para la jubilación forzosa) y en el art. 29.3.c de esta misma Ley en la versión entonces vigente (la introducida por el art. 19 de la Ley 22/1993), que preveía, en relación con la excedencia voluntaria por interés particular, que la falta de solicitud de reingreso al servicio activo dentro del período máximo de duración de la misma, en ningún caso superior a quince años, daría lugar a la pérdida de la condición funcional. El art. 37 LFCE de 1964, tal y como ya se ha subrayado con anterioridad, no tenía naturaleza básica.

En el momento de dicha interposición el Ordenamiento jurídico estatal y el autonómico también diferían en la regulación de la consecuencia jurídica de que un funcionario en situación administrativa de excedencia forzosa incumpliese ciertas obligaciones, como la de participar en los concursos que se convocaran para la provisión de puestos de trabajo cuyos requisitos de desempeño reuniesen y les fuesen notificados o la de aceptar el reingreso obligatorio en determinados supuestos. En materia de excedencia forzosa las bases estatales estaban contenidas exclusivamente en el apartado 6 del art. 29 de la Ley 30/1984, apartado introducido por el art. 23 de la Ley 22/1993. El referido art. 29.6 de la Ley 30/1984, básico excepto en su último párrafo, tan sólo regulaba una modalidad de excedencia forzosa: la aplicable a funcionarios en expectativa de destino. No existía, en consecuencia, ninguna regulación básica que afectase al resto de funcionarios excedentes forzosos. En este contexto normativo el art. 13 del Reglamento de situaciones administrativas de 1995 reguló dos modalidades de excedencia forzosa: la aplicable a los funcionarios en expectativa de destino y la aplicable a los funcionarios públicos en situación de suspensión firme, disponiendo para ambos tipos de supuestos que el incumplimiento de las obligaciones a que los excedentes forzosos estaban sometidos determinaba su pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

El legislador extremeño se decantó, sin embargo, por una solución diferente en el art. 19 de su Ley 5/1995, precepto este que da una nueva redacción al art. 40 de la Ley de la función pública de Extremadura de 1990. En el precepto últimamente citado se regulan las mismas dos modalidades de excedencia forzosa existentes en la Administración del Estado. Ahora bien, la normativa extremeña prevé dos tipos de consecuencias jurídicas diferentes para los incumplimientos de las obligaciones legales que pesan sobre los funcionarios autonómicos en situación de excedencia forzosa. Así, si los funcionarios incumplidores se encuentran en situación de excedencia forzosa derivada de una situación de expectativa de destino, el legislador autonómico ha previsto su pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular (como sucede también en la normativa estatal para los funcionarios civiles de esta Administración).

Las diferencias entre los Derechos estatal y autonómico radican en la regulación de la otra modalidad de excedencia forzosa prevista en ambos ordenamientos: la derivada de una situación de suspensión firme. En este último supuesto, la legislación extremeña ha previsto que los funcionarios incumplidores pierdan su condición funcional, solución ésta absolutamente contraria a la establecida en la reglamentación estatal para sus funcionarios, que en caso de incumplir sus obligaciones pasarán a la situación de excedencia voluntaria por interés particular. En todo caso, esta previsión de extinción de la relación funcional no contravenía la legislación estatal básica vigente en 1995 en materia de régimen estatutario de los funcionarios públicos. Y ello, ni en su vertiente relativa a las situaciones administrativas (pues, aunque existía una regulación estatal básica de la excedencia forzosa aplicable a los funcionarios en situación de expectativa de destino, el legislador estatal postconstitucional había renunciado a fijar base normativa alguna en relación con el resto de las modalidades posibles de la situación de excedencia forzosa, y, más en particular, con respecto a la excedencia forzosa derivada de una situación de suspensión firme), ni en la referente a la pérdida de la condición funcional (reducida entonces, como ya hemos visto, a las escasas previsiones contenidas en los arts. 29.3.c -en la redacción dada al mismo por el art. 19 de la Ley 22/1993- y 33 de la Ley 30/1984).

En definitiva, aunque los preceptos de la Ley extremeña 5/1995 impugnados mediante el presente recurso de inconstitucionalidad introducían una regulación diferente a la estatal con respecto tanto a las situaciones administrativas como a la extinción de la relación funcional, tal discordancia era perfectamente legítima en el momento de dictarse dicha Ley desde el punto de vista constitucional, pues las disposiciones legales controvertidas respetaban plenamente las bases estatales entonces vigentes sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos.

8. Pues bien, la conformidad originaria de los preceptos autonómicos cuestionados a las bases estatales ha dejado de existir, no obstante, con el transcurso del tiempo. En efecto, el legislador básico estatal ha dictado, en virtud de las competencias que tiene atribuidas por el art. 149.1.18 CE, unas nuevas bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (en concreto, en materia de situaciones administrativas), que ya no resultan compatibles con las disposiciones autonómicas impugnadas. Y es que, frente a las previsiones autonómicas de extinción de la relación funcional derivada del incumplimiento de ciertas obligaciones impuestas a los funcionarios en situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar y de excedencia forzosa no derivada de una situación de expectativa de destino, el art. 104 de la Ley 13/1996, al dar una nueva redacción al art. 29.3.c de la Ley 30/1984, ha excluido dicha posibilidad. Este último precepto impide la pérdida de la condición de funcionario, al prever de manera general el pase de los funcionarios que se encuentren en cualquier situación administrativa distinta al servicio activo (y, por tanto, también los que se encuentren en las situaciones de excedencia voluntaria por agrupación familiar y de excedencia forzosa no derivada de una situación de expectativa de destino) a la situación de excedencia voluntaria por interés particular, que además deja de tener límite temporal

máximo alguno, cuando finalice la causa que dio lugar a su declaración en la situación administrativa originaria.

Llegados a este punto es preciso comprobar si el referido precepto respeta efectivamente la doble dimensión (formal y material) consustancial a la noción constitucional de "bases". Pues bien, el art. 29.3.c de la Ley 30/1984 (en la redacción dada al mismo por la Ley 13/1996) cumple evidentemente, en primer lugar, con el requisito formal, cuyo respeto ha exigido de manera reiterada este Tribunal, de que, salvo en supuestos excepcionales, la normativa básica "venga incluida en la Ley votada en Cortes que designe su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad" (SSTC 80/1988, de 28 de abril, FJ 5; 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5; 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6), pues no en vano es un precepto con rango de Ley formal aprobado por las Cortes Generales y su carácter básico está expresamente proclamado por el art. 1.3 de esta misma Ley 30/1984 en su redacción actualmente vigente. Esta exigencia formal tiene como finalidad, tal y como hemos señalado en múltiples ocasiones, el "excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pueda oponer como norma básica a las Comunidades Autónomas cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango o estructura" (STC 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6, por todas). El carácter estructural, consustancial a la noción de bases, en tanto que elemento esencial de articulación del Estado autonómico, así como las propias exigencias del principio constitucional de seguridad jurídica, reclaman la declaración expresa por el legislador estatal del carácter básico de su regulación al fin "de dotar de una determinación cierta y estable a los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas" de desarrollo (STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 9; y en similar sentido SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, y 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5.b, entre otras). Esa observancia de las garantías de certidumbre jurídica es necesaria "para asegurar que las Comunidades Autónomas pueden conocer cuál es el marco básico al que deben someter su competencia de desarrollo legislativo" (STC 37/2002, FJ 9).

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la verificación del carácter materialmente básico de la norma estatal hemos de comenzar precisando que en la materia "bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas", por afectar al propio aparato administrativo de las Comunidades Autónomas, dichas bases han de permitir a éstas un ejercicio de sus competencias normativas más amplio que en otras materias en las que rija igual reparto competencial. Hemos de recordar también nuestra doctrina de que "la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de los derechos e intereses de los administrados" (STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3).

Pues bien, partiendo de esta premisa, el precepto analizado es también básico desde el punto de vista material, puesto que el mismo incide de manera frontal en la regulación de dos ámbitos verdaderamente nucleares del "régimen estatutario de los funcionarios públicos": la pérdida de la condición de funcionario y la ordenación de las situaciones administrativas (SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.c; y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 8). Respecto del primero de ellos, es evidente que, si hay un componente realmente esencial en la esfera de la extinción de la relación funcional, es, sin duda, el de la tipificación de las causas mismas de extinción. Pues bien, el precepto analizado suprime directamente una de tales causas: los funcionarios en excedencia voluntaria por interés particular ya no pierden su condición de empleados públicos si no reingresan al servicio activo en el plazo de quince años, como se establecía antes de la reforma del art. 29.3.c de la Ley 30/1984 por la Ley 13/1996, pues, con la nueva redacción del referido precepto, pueden permanecer en esta situación administrativa

sin límite temporal alguno. Pero, incluso, los efectos de este precepto sobre las causas de pérdida de la condición funcional no se restringen ni tan siquiera al supuesto reseñado, sino que se extienden hasta impedir la pérdida de la condición funcional de aquellos empleados públicos que, una vez finalizada su permanencia en cualquier situación administrativa distinta al servicio activo (por ejemplo, la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos o la excedencia forzosa derivada de una situación de suspensión), no soliciten su reingreso a dicho servicio activo en el plazo preceptivo establecido. Por otro lado, y tal y como ya se ha indicado, el precepto analizado, no sólo afecta inequívocamente al núcleo central del ámbito de la pérdida de la condición funcional, sino que regula también uno de los elementos esenciales de las situaciones administrativas (en concreto, las consecuencias jurídicas ligadas a su terminación), excluyendo que la finalización de una situación distinta al servicio activo provoque la extinción de la relación funcional y asegurando al empleado público que se encuentre en una de estas situaciones su permanencia dentro de la órbita de la función pública mediante su pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

Una vez realizadas estas constataciones, debemos recordar que, en relación con "el régimen estatutario de los funcionarios públicos" (y, por tanto, en relación con los ámbitos de la pérdida de la condición funcional y de la ordenación de las situaciones administrativas), corresponde al Estado, en virtud del art. 149.1.18 CE, fijar "el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad -ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales (STC 1/1982, FJ 1)-, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto" (SSTC 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6; y 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5). Corresponde, en definitiva, al legislador estatal la determinación de ese común denominador normativo que son las bases en la materia relativa al régimen estatutario de los funcionarios públicos (y en concreto en relación con sus dos ámbitos particularmente afectados por los preceptos de la Ley extremeña 5/1995 ahora enjuiciados, esto es los relativos a las situaciones administrativas y a la pérdida de la condición funcional), pero el ejercicio de tal función normativa habrá de efectuarse, en cada caso, respetando, por un lado, la dimensión formal ligada al concepto constitucional de bases, ya que "[S]ólo así se alcanzará una clara y segura delimitación de tales competencias a través de instrumentos normativos que reduzcan, de manera inequívoca, la indeterminación formal de las normas básicas hasta el nivel que resulte compatible con el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)" (STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 6); y, por otro lado, "esa regulación normativa uniforme, a la que responde la noción material de norma básica, debe permitir, no obstante, que cada Comunidad Autónoma introduzca en persecución de sus propios intereses las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competencial que en la materia dibuje el bloque de la constitucionalidad (SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 44/1982, de 8 de julio, FJ 2; 69/1988, de 19 de abril, FJ 5)" (STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 13).

Dentro del respeto de estos dos condicionantes, el legislador estatal "goza -tal y como señalamos en la tantas veces citada STC 37/2002, FJ 9- de una completa libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, aceptando o no las que pudieran inferirse de las normas legales preconstitucionales o las fijadas anticipadamente por el Gobierno (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 12; 42/1983, de 20 de mayo, FJ 3.a; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 19), sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, que no es un Juez de la oportunidad, salvo que traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad.

De otra parte, la función de control que sobre la legislación básica corresponde a este Tribunal Constitucional ha de circunscribirse a revisar la calificación hecha por el legislador estatal postconstitucional de una norma como básica y a decidir si la misma puede ser considerada formal y materialmente como tal, estándole vedado ampliar el alcance y contenido de lo definido inicialmente como básico por el legislador (SSTC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5; 141/1993, de 22 de abril, FJ 3)".

9. Partiendo de estas consideraciones, debemos concluir que la disconformidad sobrevenida de las disposiciones autonómicas cuestionadas con las nuevas bases en materia de régimen estatutario de los funcionarios públicos adoptadas por el legislador estatal (con respeto de la doble dimensión, formal y material, del concepto constitucional de bases) tras el momento de promulgación de la Ley 5/1995 y el de su impugnación ante este Tribunal determina la actual inconstitucionalidad de aquellas disposiciones originariamente respetuosas del orden constitucional de distribución de competencias, pues debe recordarse que es doctrina de este Tribunal que la normativa estatal a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en procesos constitucionales en los que se controla la eventual existencia de excesos competenciales ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión por parte de este Tribunal sobre la regularidad constitucional de los preceptos recurridos (SSTC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 2; 170/1989, de 19 de octubre, FJ 3, y todas las reseñadas en esta última resolución). Resulta por ello evidente que ha de servir de marco de enjuiciamiento en este proceso el ius superveniens representado por la legislación básica del Estado vigente en este momento, y que para este asunto viene constituida, como ya hemos visto con anterioridad, por el art. 29.3.c de la Ley 30/1984, en la redacción dada al mismo por el art. 104 de la Ley 13/1996, y que resulta incompatible con los arts. 13, 17 y 19 de la Ley extremeña 5/1995, en la nueva redacción que estos preceptos dan a los arts. 35.f, 39.2.B.b, párrafo segundo, y 40.5, último inciso, de la Ley de la función pública de Extremadura de 1990, respectivamente.

Aunque, tal y como ya se ha reseñado en los antecedentes de esta Sentencia, la eficacia de los preceptos impugnados está suspendida por el ATC 348/1995, de 19 de diciembre, resulta obligado precisar, por último, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Y es que, dado que la disconformidad constitucional de los preceptos indicados tuvo lugar no originariamente, en el momento de promulgación de la Ley autonómica 5/1995, sino con posterioridad, en el de entrada en vigor de la Ley estatal 13/1996, los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad (art. 39.1 LOTC) deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal, según dijimos en nuestra STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 9 in fine.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar:

1º Que es inconstitucional y nulo el inciso "falta de petición de reingreso al servicio activo durante el período de duración de la excedencia voluntaria ... por agrupación familiar" de la letra f) del artículo 35 del texto refundido de la Ley de la función pública extremeña, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio, en la redacción dada a dicha letra por el art. 13 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 5/1995, de

20 de abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura.

2º Que es inconstitucional y nulo el párrafo segundo de la letra b) del art. 39.2.B del texto refundido de la Ley de la función pública extremeña, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio, en la redacción dada a dicho párrafo por el art. 17 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 5/1995, de 20 de abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura, al establecer que: "La falta de petición de reingreso al servicio activo al finalizar el período máximo de excedencia por agrupación familiar o cuando desaparezcan las causas que dieron lugar a su concesión, comportará la pérdida de la condición de funcionario".

3º Que es inconstitucional y nulo el último inciso del art. 40.5 del texto refundido de la Ley de la función pública extremeña, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio, en la redacción dada a dicho inciso por el art. 19 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 5/1995, de 20 de abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura, en cuanto dispone que: "Los demás funcionarios en excedencia forzosa, cuando incumplan las obligaciones mencionadas, perderán la condición de funcionario".

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a dieciséis de enero de dos mil tres.

Voto particular que formulan los Magistrados don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Javier Delgado Barrio y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, a la Sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2987/95.

1. La estructura constitucional del Estado de las autonomías ha dado lugar a un sistema complejo que se caracteriza, desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho, por la posibilidad de concurso válido de normas de procedencias muy distintas, con ámbitos de competencia propios, garantizados constitucionalmente. Hasta ahora los criterios normativos de jerarquía y competencia, unidos al tradicional principio cronológico, por el que las normas más recientes renuevan a las anteriores (lex posterior derogat priori) habían servido para resolver las contradicciones entre normas y lograr una armonía obligada en el proceso de aplicación del Derecho. La madurez actual del Estado de las Autonomías obliga ahora a hacer uso de criterios nuevos. Nuestra discrepancia con la argumentación de la Sentencia mayoritaria radica precisamente en la nulidad que se ve obligada a pronunciar respecto de varios preceptos de la Ley de la función pública extremeña cuando, a nuestro entender, debió recurrir a la cláusula de prevalencia, prevista en el artículo 149.3 de la Constitución, para resolver el asunto controvertido. La cláusula de prevalencia,

ampliamente experimentada en Derecho comparado, no es ajena a nuestra tradición constitucional y se revela como complemento necesario de los criterios mencionados anteriormente, para resolver antinomias como las planteadas en el presente caso que se producirán necesariamente -y cada día con mayor frecuencia- en supuestos de concurrencia válida, prevista y garantizada en la misma Constitución, de diversas fuentes del Derecho. Vamos a tratar de demostrarlo brevemente.

2. La Sentencia mayoritaria afirma correctamente que la resolución del recurso de inconstitucionalidad que nos ocupa exige despejar sucesivamente una triple incógnita: 1) si la normativa estatal determinante es o no básica, y con qué extensión; 2) en qué medida la normativa autonómica contradice o no las bases estatales; y 3) en "tercer y último lugar, es indispensable precisar si, en caso de existir efectivamente una discordancia entre el Derecho estatal y el autonómico, tal desajuste resulta o no admisible desde el punto de vista constitucional, teniendo en cuenta de manera muy particular que, con posterioridad al planteamiento por el Abogado del Estado del recurso de inconstitucionalidad ahora enjuiciado, las Cortes Generales han modificado ... la normativa básica estatal existente en el momento de la promulgación de la Ley extremeña..." (FJ 2).

Las dos primeras incógnitas son analizadas cuidadosamente por la Sentencia mayoritaria, en términos que son de compartir. En ese análisis se aclaran dos cosas que interesa subrayar: a) En primer lugar, que la Comunidad Autónoma actuó dentro del margen de sus competencias cuando dictó la Ley controvertida: Extremadura es competente para regular el régimen de sus funcionarios y debe ejercer esa competencia respetando sus límites propios, que incluyen no contradecir las normas básicas que establezca el Estado. La Ley extremeña de 1995 fue producto del lícito ejercicio de esa competencia (FJ 3 in fine); b) En segundo lugar, que la Ley autonómica era perfectamente compatible con la legislación básica estatal en el momento en que fue promulgada. Sólo posteriormente, cuando la Ley estatal sobre función pública fue modificada en 1996, nació una contradicción entre los preceptos autonómicos y los estatales (FJ 5).

Por consiguiente, llama la atención la ausencia de todo razonamiento sobre la tercera incógnita mencionada por la misma Sentencia, a pesar de ser considerada "indispensable". La mayoría del Pleno, una vez comprobado que las normas autonómicas recurridas devinieron incompatibles con la legislación básica que el Estado aprobó después de que hubiera entrado en vigor una ley autonómica válida, y tras un periodo más o menos largo de vigencia, se ha limitado a declarar su "actual inconstitucionalidad", aun reconociendo expresamente que las disposiciones extremeñas era "originariamente respetuosas del orden constitucional de distribución de competencias" (FJ 6).

Es en este punto donde consideramos obligado discrepar de la Sentencia.

3. Al ser aprobada en 1995, la Ley extremeña no contradecía las bases del Estado sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos, ni por tanto el precepto de la Constitución que reserva a las instituciones generales del Estado la competencia básica en esa materia (art. 149.1.18 CE). La antinomia se produjo luego, cuando las Cortes Generales modificaron la normativa sobre situaciones jurídicas de los funcionarios, en términos que resultan incompatibles con la normativa autonómica preexistente.

Esta colisión entre la ley de la Comunidad Autónoma y la posterior ley básica del Estado, que hace que una norma que fue aprobada válidamente resulte sobrevenidamente contraria a la normativa básica estatal, no puede ser confundida con una situación completamente distinta: la que resulta de una ley autonómica que, en el momento mismo en que es aprobada, contradice directamente la Constitución.

Este último es el supuesto que da lugar sin más a la declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, de una ley.

Entendemos, sin embargo, que las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales modificadas después de la aprobación de aquéllas, pueden y deben ser resueltas directamente: a) En primer lugar, llevando a cabo una interpretación de los preceptos estatales y autonómicos que permita conjugar su aplicación, mostrando que la contradicción entre ellos es meramente aparente, y en su caso haciendo prevalecer la interpretación de las leyes que es conforme con la Constitución y el orden constitucional de competencias (STC 236/2000, de 16 de octubre, FFJJ 3 y 5, y art. 5 LOPJ); y b), ya en segundo lugar, cuando dicha interpretación conjunta no fuera posible, dando aplicación a la normativa básica estatal, pues la legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas -en sentido estricto- de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de "desarrollo legislativo" de las bases del Estado, como era aquí el caso.

4. Esta conclusión se desprende no solo de la lógica relación existente entre competencias para establecer las bases y para desarrollarlas, sino de un precepto expreso de la Constitución: la ya citada cláusula de prevalencia que, como es sabido, dispone que las normas del Estado "prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las normas de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas" (art. 149.3, inciso 3, CE). Pero esta prevalencia no da lugar a la nulidad de la norma autonómica, que fue válida en el momento de su aprobación cuando las bases del Estado eran diferentes, sino a su inaplicación, una vez que las nuevas normas básicas del Estado despliegan su eficacia, comprimiendo o desplazando a las de la Comunidad Autónoma que hasta entonces habían venido rigiendo sin mácula alguna de inconstitucionalidad.

5. Sostener que las modificaciones sobrevenidas en la legislación básica estatal desplazan las normas autonómicas incompatibles con ellas, sin necesidad de declararlas inconstitucionales ni nulas, hace posible una aplicación natural, racional y sin dilaciones indebidas del sistema jurídico complejo propio del Estado de las autonomías creado por la Constitución. Es preciso tener en cuenta que la legislación básica no es estática sino dinámica, y sufre modificaciones en función de las distintas políticas que lícitamente puede seguir el legislador estatal en distintos momentos. Modificaciones en modo alguno excepcionales en el funcionamiento de un Estado autonómico maduro, que se producen cada vez con mayor frecuencia en un ordenamiento complejo y que obligan a reajustes muy distintos. Este cúmulo creciente de reajustes entre normas diversas no es monopolio exclusivo de este Tribunal, que tiene como función primordial garantizar la supremacía de la Constitución sobre la ley; no es lo suyo, como tarea primera, resolver colisiones entre normas, aunque sean de rango legal.

6. Resulta innecesario entrar a precisar ahora los distintos supuestos de conflictos internormativos que pueden plantearse en el Estado de las autonomías: este Tribunal no tiene entre sus funciones "crear apriorísticamente una teoría que prevea todos los supuestos futuros ni anticipar criterios abstractos no contrastados con la realidad tópica" (SSTC 102/1995, de 26 de junio, FJ 9, y 156/1995, de 26 de octubre, FJ 3). En este momento basta con advertir que todos los Tribunales de Justicia tienen la facultad de resolver directamente las colisiones que se producen -cada vez con mayor frecuencia- entre las normas autonómicas, aprobadas válidamente en su momento, y las posteriores leyes del Estado que modifican las bases de una materia. Si el Juez estima que la ley estatal no es realmente básica, a pesar de declararse como tal, y que por tanto la ley estatal vulnera el art. 149 CE, debe elevar cuestión de inconstitucionalidad (a tenor de los arts. 35 LOTC y 5 LOPJ). Sin embargo, si el Juez estima que la ley estatal es básica, tanto material como formalmente (SSTC 69/1988, de 19 de abril, FJ 6, y 233/1999, de 20 de diciembre, FJ 5), deberá fallar de

conformidad con la ley estatal, en su caso inaplicando la ley autonómica que resulta incompatible con ella, exactamente igual que si la ley de la Comunidad Autónoma contradijera disposiciones del Derecho comunitario (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, y 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; SSTJCE Simmenthal de 1978, y Ford España de 1989, FFJJ 17-19).

7. Todo lo anterior no impide, desde luego, que este Tribunal mantenga su jurisdicción indeclinable para asegurar la supremacía de la Constitución y el ordenado reparto de competencias establecido por ella y por los Estatutos de Autonomía, que es la premisa que sostuvo la doctrina de la STC 163/1995, de 8 de noviembre (FJ 4). Primero porque, como ha dejado claro la reciente Sentencia 173/2002, de 9 de octubre, cualquier resolución judicial que inaplica una Ley de una Comunidad Autónoma sin justificación vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, y puede ser controlada en sede de amparo constitucional. Y, en segundo lugar, porque no es difícil discernir supuestos en los que el deslinde de la competencia del Estado sobre las bases, y la competencia de una Comunidad Autónoma sobre el desarrollo legislativo, se presenta como una cuestión inseparable del juicio sobre la interpretación y aplicación de las leyes respectivas.

En estos casos quedaría siempre abierto el cauce de la cuestión de inconstitucionalidad, tanto sobre la legislación estatal como sobre las disposiciones autonómicas implicadas. Así lo muestra la STC 159/2001, de 5 de julio, que se pronunció a instancia de una Sala de lo Contencioso-Administrativo sobre la constitucionalidad de sendas leyes estatales y catalanas, en materia de urbanismo, de aplicación conjunta. O, incluso, podría entenderse abierta la vía del recurso de inconstitucionalidad, en la medida en que se siguiera aceptando que una ley autonómica, que contradice una ley básica estatal, sufre una inconstitucionalidad "mediata o indirecta, por cuanto la mediación de la Ley dictada en ejercicio de la competencia que sobre las bases de la materia corresponde al Estado ... permite mantener que la norma autonómica que contradice la Ley básica -material y formal- invade el ámbito de la competencia estatal, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia vulnerador del referido orden constitucional de distribución de competencias" (como este Tribunal mantiene explícitamente desde la STC 60/1993, de 18 de febrero, FJ 1). Doctrina esta última cuyo mantenimiento requeriría una explicación y una fundamentación suficientes, que la Sentencia de la mayoría no da.

Esta concurrencia de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción propia de los órganos del Poder Judicial, para hacer posible un mejor y más eficaz sistema de aplicación del ordenamiento jurídico consustancial a nuestro Estado autonómico de Derecho, no es algo nuevo o aislado. Se viene reconociendo con naturalidad en el caso de las leyes anteriores a la Constitución, desde la Sentencia de Pleno 4/1981, de 2 de febrero (FJ 1), precisamente porque, como en el caso actual, la Constitución fue aprobada cuando ya se encontraban en vigor unas leyes que, en el momento en que habían sido promulgadas, eran plenamente válidas y no contradecían preceptos entonces inexistentes. También se acepta sin ambages en el caso de la legislación delegada, pues todos los Jueces y Tribunales pueden verificar si los textos refundidos y articulados respetan las bases aprobadas por las Cortes Generales, sin perjuicio de la competencia de este Tribunal para enjuiciar si el correspondiente Decreto Legislativo cumple los límites trazados por el art. 82 CE (SSTC 51/1982, de 19 de julio, FJ 1; 47/1984, de 4 de abril, FJ 3; y 159/2001, de 5 de julio, FJ 5). Precisamente porque, como en este caso, la labor de cotejo de unos textos de rango legal con otros, su interpretación conjunta y la selección de la norma aplicable forma parte de la esencia de la potestad de juzgar (STC 90/1990, de 23 de mayo).

8. Pero la intervención de este Tribunal, cuando fuera impetrada por quienes están legitimados para hacerlo, se limitaría a declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica, que no fuese compatible con las nuevas bases estatales, pero no su nulidad. La premisa del art. 39.1 de nuestra Ley Orgánica consiste en una

contradicción directa entre una ley y la Constitución. Sin embargo, el supuesto de "inconstitucionalidad mediata o indirecta" de una ley autonómica por contradecir la legislación básica sobrevenida sería uno de esos casos en que quiebra la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad, casos detectados por este Tribunal en varias Sentencias (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23; 195/1998, de 1 de octubre, FJ 5), y que revisten una singular importancia en el ordenamiento complejo propio del Estado de las autonomías, como muestran los numerosos fallos en que la contradicción de leyes con el orden constitucional de competencias no ha dado lugar a la nulidad de las normas estatales, sino a la delimitación de su ámbito de vigencia (por ejemplo, SSTC 95/1984, de 18 de octubre, FFJJ 3 y 4 y fallo; 125/1984, de 20 de diciembre, FJ 2 y fallo; 53/1988, de 24 de marzo, FJ 1 y fallo; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 23 y fallo; 133/1990, de 19 de julio, FJ 10 y fallo; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 38 y fallo; 206/2001, de 22 de octubre, FFJJ 9-12 y 21, y fallo; 95/2002, de 25 de abril, FJ 19 y fallo).

9. Por los razonamientos anteriores discrepamos de la Sentencia de la mayoría. La colisión de la Ley de Extremadura con las nuevas bases estatales no acarrea su inconstitucionalidad, sino su mero desplazamiento, que debe ser declarado en principio por los Tribunales de Justicia. O, al menos, la Sentencia hubiera debido hacer explícitas las razones por las que, en este caso, el juicio sobre la interpretación y aplicación de los preceptos legales implicados (la Ley extremeña 5/1995 y la Ley estatal 13/1996) debía ser resuelto simultáneamente con un juicio sobre la constitucionalidad de las leyes en cuestión. Sólo esa justificación pormenorizada hubiera hecho posible justificar un fallo estimatorio del recurso, y llegar a declarar inconstitucional la ley autonómica, con los consiguientes efectos jurídicos.

Lamentamos discrepar del parecer de la mayoría del Pleno, cuyas opiniones siempre respetamos y ponderamos, examinándolas con cuidado.

Firmamos este Voto en Madrid, a veintidós de enero de dos mil tres.

UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2003 de 16 de enero de 2003 TOLDOCS: 238345

Recurso de inconstitucionalidad 2872-2002. Promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 1/2002, de 23 de enero, relativa a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.

Voto particular que formulan los Magistrados Excmos. Sres. don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde y doña Elisa Pérez Vera.

Comentario de Pablo Pérez Tremps.

- Se declara inconstitucional la Ley impugnada por no respetar los **presupuestos** los principios de unidad y universalidad presupuestaria, y atentar contra el **principio de seguridad jurídica**, ya que aprobó los presupuestos de manera fragmentaria.

TEXTO DE LA SENTENCIA

Preámbulo

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 2872-2002, promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 1/2002, de 23 de enero. Han comparecido el Parlamento y el Gobierno Vasco, a través de los Letrados de sus Servicios Jurídicos, don Alberto Figueroa Laraudogoitia y doña María Teresa Astigarraga Goenaga, respectivamente. Ha intervenido el Abogado del Estado, en la representación que ostenta. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 8 de mayo de 2002 tuvo entrada en este Tribunal un escrito del Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, interponiendo recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Parlamento Vasco 1/2002, de 23 de enero, por

no incluir el contenido que le es propio vulnerando los preceptos del bloque de la constitucionalidad que establecen el régimen presupuestario al que deben someterse las Comunidades Autónomas (arts. 134.2 CE, 25 y 44 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco y 21 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas), contradecir el principio de seguridad jurídica por cuanto su aprobación y vigencia se ha simultaneado con la prórroga automática de los presupuestos para el 2001 (art. 9.3 CE), y vulnerar el procedimiento normativamente establecido para su aprobación en el Capítulo IV del Título VI del Reglamento del Parlamento Vasco.

Los antecedentes de hecho del planteamiento del recurso son:

a) El Gobierno Vasco presentó al Parlamento Vasco el correspondiente proyecto de ley "por el que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2002", que fue admitido a trámite por Acuerdo de la Mesa de 6 de noviembre de 2001 (BOPV núm. 21, de 20 de noviembre de 2001).

b) Al no haberse aprobado el día 1 de enero de 2002 la Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002, y habida cuenta de la vigencia anual de los presupuestos generales de las Comunidades Autónomas conforme al apartado 1 del art. 20 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA) y, respecto del País Vasco, según el art. 4 del Decreto Legislativo vasco 1/1994, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el régimen presupuestario de Euskadi (BOPV núm. 44/1995, de 3 de marzo), entró en vigor la prórroga prevista en el citado art. 21 LOFCA, en relación con el art. 134.4 CE que establece que "si los Presupuestos Generales de las Comunidades Autónomas no fueran aprobados antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, quedará automáticamente prorrogada la vigencia de los anteriores".

c) No obstante la prórroga anterior, el Parlamento Vasco continuó con la tramitación del Proyecto de Ley de presupuestos para el año 2002, desembocando en la aprobación de la Ley ahora impugnada, la Ley 1/2002, de 23 de enero (BOPV núm. 28, de 8 de febrero), que consta de catorce artículos, nueve disposiciones adicionales y tres anexos. Los arts. 1 a 3, que formaban parte del Título del Proyecto de Ley relativo a la "Aprobación y contenido de los Presupuestos Generales de Euskadi para el ejercicio 2002"; los arts. 4 a 12 que formaban parte del Título II referente a "El estado de gastos"; el artículo 13 que estaba incorporado al Título III y afectante a "El estado de ingresos". Por su parte, el Anexo I trata de los "créditos ampliables", y el Anexo II el "módulo económico de sostenimiento de los centros concertados", existiendo un tercer Anexo "referido al estado de gastos".

d) Posteriormente, se adoptaron un conjunto de medidas adicionales de naturaleza presupuestaria que se incorporaron a la Ley del Parlamento Vasco 2/2002, de 21 de marzo, de medidas presupuestarias (BOPV núm. 57, de 22 de marzo), y cuyo objeto era "la concesión de determinadas autorizaciones de gastos que complementan las dotaciones en régimen de prórroga y las aprobadas por la Ley 1/2002, de 23 de enero".

2. El Abogado del Estado imputa a la Ley autonómica tres vicios de inconstitucionalidad. El primero, su contradicción con el art. 134.2 CE; el segundo, su aprobación por el procedimiento parlamentario previsto para la Ley de presupuestos sin ser tal ley de presupuestos; y el tercero, su afectación al principio de seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 CE.

a) Según el Abogado del Estado, desde el punto de vista constitucional, la Ley de presupuestos de cada ejercicio se ha configurado como una norma con rango legal con un contenido especial, que incluye una parte indispensable y un complemento que ha de cumplir determinados requisitos para que pueda formar parte de ella. La finalidad

de esta ley es autorizar los gastos públicos que pueden realizarse durante el ejercicio y prever los ingresos también para ese ejercicio. Además, es el instrumento legal que permite el control del poder legislativo sobre el poder ejecutivo en materia económica. Este contenido y finalidad de la Ley de presupuestos -continúa el Abogado del Estado- tiene tal importancia institucional que se ha constitucionalizado, en el caso del Estado mediante los correspondientes preceptos constitucionales, y en el supuesto de las Comunidades Autónomas mediante alguno de estos preceptos, aplicables en general a todas las Administraciones, mediante las previsiones de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas y mediante las disposiciones estatutarias. Por lo tanto, toda norma con rango legal que vulnere la configuración constitucional del régimen presupuestario anual tiene que ser declarada inconstitucional.

En el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, según el Abogado del Estado, no existe ninguna especialidad en su régimen presupuestario, de modo que sus presupuestos deben someterse a régimen presupuestario establecido en general en la Constitución y en el bloque de la constitucionalidad. En este sentido, la STC 14/1986, que enjuició la Ley 12/1983, de 22 de junio, de principios ordenadores de la hacienda general del País Vasco, afirmó que el régimen de vigencia de las disposiciones presupuestarias del Parlamento Vasco que regulan la institución presupuestaria deben someterse a las previsiones de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas. Por ello se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 7, 8 y 9 de la Ley citada, pues al no coincidir su regulación con el art. 21.1 LOFCA con ellos la Ley "no hace otra cosa que disciplinar lo que afecta a la vigencia, derogación y suspensión de una amplia gama de normas tanto legales como reglamentarias, que afecta a las Leyes de Presupuestos Generales de Euskadi".

Por otro lado, en materia presupuestaria no incide el sistema foral tradicional de concierto económico, pues nada dice en este sentido el art. 41 del Estatuto de Autonomía del País Vasco ni la disposición adicional primera LOFCA, por lo que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal Constitucional, la Ley de presupuestos del País Vasco debe quedar sometida al régimen general del bloque de la constitucionalidad contenido en la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (SSTC 116/1994, 174/1998, 130/1999 y 180/2000).

Pues bien, a juicio de la representación pública, en el presente caso no existe duda sobre el régimen presupuestario aplicable, porque en todas las normas, tanto estatales como autonómicas, se establece exactamente lo mismo. En efecto, de un lado, el art. 21 LOFCA (según la redacción dada por la disposición adicional única, apartado 4, de la Ley Orgánica 5/2001, complementaria a la Ley general de estabilidad presupuestaria), establece el contenido mínimo de la Ley de presupuestos, en cuanto que debe incluir la totalidad de los gastos e ingresos, así como su carácter anual y régimen de prórroga, si no fueran aprobados antes del primer día del ejercicio económico correspondiente. De otra parte, junto a estas previsiones contenidas en la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas, en materia presupuestaria en el País Vasco hay que atenerse a lo dispuesto en su Estatuto de Autonomía, en cuyo art. 25 atribuye al Parlamento Vasco la aprobación de los presupuestos, y en el art. 44 la iniciativa al Gobierno Vasco para su aprobación por el Parlamento Vasco, debiendo contener la Ley de presupuestos generales los ingresos y gastos de la actividad pública en general. Dicha regulación es desarrollada por lo establecido en el Decreto Legislativo vasco 1/1994, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre régimen presupuestario de Euskadi. Y el procedimiento para su aprobación por el Parlamento Vasco es el previsto en el Reglamento del Parlamento Vasco de 11 de febrero de 1983 (Capítulo IV "del Proyecto de Ley de Presupuestos", del Título VI, arts. 123 y siguientes).

El anterior régimen normativo, que integra el bloque de la constitucionalidad en la materia, ha sido examinado por este Tribunal Constitucional en diversas ocasiones y en relación con distintas Comunidades Autónomas, para determinar su virtualidad constitucional. Es cierto -aclara el Abogado del Estado- que normalmente ese examen ha tenido por objeto verificar qué normas podían incorporarse a la Ley de presupuestos para complementar ésta. Sin embargo, en esta doctrina se ha establecido también claramente que las leyes de presupuestos han de tener un contenido mínimo indisponible para el legislador estatal y autonómico, con objeto de que dicha Ley especial cumpla sus objetivos constitucionales y políticos (cita, en este sentido, la STC 203/1998). Por ello, según una reiteradísima doctrina de ese Tribunal -continúa el Abogado del Estado- cabe distinguir en las Leyes de presupuestos entre un contenido mínimo, necesario e indisponible constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos y un contenido posible, no necesario o eventual; lo cual supone que cualquier Ley de presupuestos que no contenga ese contenido mínimo e indisponible ha de ser declarada inconstitucional (STC 174/1998, entre otras). Por otro lado, a juicio del Abogado del Estado, además de un contenido mínimo, la Constitución impone la prórroga forzosa de la Ley de presupuestos del año anterior, en caso de que el 1 de enero del ejercicio correspondiente no se haya aprobado, prórroga que viene contenida tanto en la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas como en la normativa autonómica presupuestaria.

En el presente caso la prórroga presupuestaria tuvo que producirse porque el 1 de enero del año 2002 el Parlamento Vasco no había aprobado la Ley de presupuestos del ejercicio, con lo cual, a esa fecha entró en vigor, por imposición constitucional, estatutaria y legal, la prórroga de los presupuestos del ejercicio del 2001 (hasta aquí la situación es constitucional y regular). No obstante la prórroga, se continuó con la tramitación del proyecto de ley para terminar aprobando una serie de disposiciones presupuestarias sin orden ni sistemática alguna. En efecto, según el Abogado del Estado, la Ley recurrida 1/2002 no hace referencia en ningún momento a su virtualidad en relación con la prórroga de los presupuestos del ejercicio anterior y, sin embargo, tiene un claro y necesario contenido presupuestario. Ello no sólo porque es consecuencia de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de presupuestos, sino también porque en su articulado y anexos contiene disposiciones de carácter presupuestario, fundamentalmente de gastos y en algún caso excepcional de previsión de ingresos. Con todo ello nos encontramos ante una situación en la que no se puede considerar producida una aprobación de todos los gastos e ingresos del sector público del País Vasco. En realidad, no se sabe si han de prevalecer las partidas de los presupuestos prorrogados o las de la Ley recurrida, tampoco se sabe como se van a financiar los aumentos de gastos de dicha Ley, si es que son los que deben prevalecer, pues no llevan aparejadas las previsiones de ingresos correspondientes en la mayoría de los casos, lo que conduce a que sea imposible reconocer la existencia de una disposición legal presupuestaria que permita cumplir los fines y los objetivos que son propios de las leyes de presupuestos, tanto desde el aspecto económico como desde el aspecto político.

Así, concluye el Abogado del Estado, se puede afirmar que la Ley del País Vasco 1/2002, de 23 de enero, es contraria a las normas constitucionales que regulan la institución presupuestaria en los términos en que han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. Con ella se incumple la función que le corresponde a la Ley de presupuestos generales, que no es otra que la aprobación anual de una disposición legal que contenga la totalidad de los ingresos y gastos del sector público. Esta función no puede ser cumplida en una situación como la analizada en la que existe un presupuesto prorrogado, que, efectivamente, integra la totalidad de los ingresos y gastos, y una Ley que, sin determinar ni su denominación ni su incidencia en el régimen prorrogado, establece determinadas previsiones presupuestarias fundamentalmente referidas a gastos.

b) El siguiente vicio que el Abogado del Estado imputa a la Ley impugnada es su inconstitucionalidad por haberse aprobado por el procedimiento de la Ley de presupuestos sin serlo, es decir, por haber sido tramitada como una Ley de presupuestos, con sus especialidades, sin dar lugar a la misma. El Capítulo IV del Título sexto del Reglamento del Parlamento Vasco, de 11 de febrero de 1983, se titula "Del Proyecto de Ley de Presupuestos" y contiene en sus cuatro artículos las especialidades de su tramitación. Por lo tanto, además de imponerse exigencias en cuanto al contenido de la Ley de presupuestos en el País Vasco, también ésta tiene especialidades en cuanto a su tramitación. Estas especialidades pueden producir la inconstitucionalidad de aquellos preceptos que se hayan aprobado por ese procedimiento especial sin formar parte del contenido propio de las leyes de presupuestos, como ocurre en el presente caso. En efecto, en tanto que la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a las leyes de presupuestos del Estado también se aplica a las leyes de presupuestos autonómicas cuando sus normas de tramitación son coincidentes con las del Estado, dado que en el presente caso los preceptos del Reglamento del Parlamento Vasco relativos a la Ley de presupuestos son muy similares a los previstos en el Reglamento del Congreso de los Diputados (arts. 133, 134 y 135), en principio, también dicha doctrina se puede aplicar al legislador de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Ahora bien, el legislador autonómico ha ejercido su potestad normativa por un procedimiento especial y distinto al previsto para dictar leyes que no sean de presupuestos, en el cual está prevista la devolución del proyecto al Gobierno cuando no pueda ser aprobado por falta de las mayorías oportunas. No cabe otra solución, pues el bloque de la constitucionalidad impone que la Ley de presupuestos sea un conjunto de disposiciones normativas con un contenido mínimo, necesario e indisponible. En consecuencia, el proyecto de Ley de presupuestos puede ser aprobado tal como se presentó o enmendado, total o parcialmente, pero en ningún caso puede terminar en un producto normativo que no sea una Ley de presupuestos.

c) El tercer vicio que imputa el Abogado del Estado a la norma legal impugnada es el de la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). En efecto, a su juicio, aunque la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el citado principio (contenida, entre otras, en las SSTC 150/1990, 174/1998 y 203/1998) se estableció para justificar la inconstitucionalidad de la incorporación en la Ley de presupuestos de materias que no tuviesen con su contenido mínimo una conexión suficiente, sin embargo, es también plenamente aplicable para justificar la inconstitucionalidad de las leyes de presupuestos que no contengan el contenido mínimo, indispensable e indisponible o, como ocurre en este caso, para justificar la inconstitucionalidad de situaciones presupuestarias creadas por una Ley que incide en un régimen presupuestario prorrogado sin determinar su eficacia y virtualidad. Por lo tanto, se puede afirmar que la inseguridad jurídica que provoca la Ley recurrida se proyecta sobre dos campos: uno, en cuanto crea una situación objetivamente confusa, dificultando la precisión de cuál es el derecho aplicable y las normas vigentes, y dos, impidiendo conocer con exactitud cuáles son los ingresos y gastos aprobados para ese ejercicio y cual es la relación entre unos y otros.

d) Concluye el Abogado del Estado su argumentación haciendo una referencia a la incidencia que sobre la Ley impugnada haya podido tener la Ley 2/2002, de 21 de marzo, de medidas presupuestarias del País Vasco, pues, a su juicio, esta última norma legal no subsana ni modifica en absoluto la inconstitucionalidad razonada en los apartados anteriores. En efecto, a su juicio, la Ley 2/2002 no contiene ningún mandato jurídico dirigido a derogar o modificar las disposiciones de la Ley recurrida, al limitarse a hacer referencia a ella reconociendo su plena virtualidad jurídica y, por tanto, haciendo hincapié en el respeto a su contenido. Por eso, si antes de publicarse la Ley 2/2002, la Ley recurrida era inconstitucional, también lo será ahora que mantiene su plena virtualidad jurídica sin ningún tipo de adaptación u homologación a la situación presupuestaria prorrogada y a las novedades incorporadas con la propia Ley 2/2002. Es más, de la Exposición de Motivos se deduce que el legislador vasco comparte los criterios que han servido de fundamento al presente recurso de inconstitucionalidad, pues, se afirma, en primer lugar, que a partir del 1 de enero de

2002 se prorrogaron los presupuestos generales del ejercicio anterior; se reconoce, en segundo término, que la Ley 1/2002 ha incidido parcialmente en el régimen de prórroga antes señalado; se afirma, en tercer lugar, que tal incidencia produjo un notable efecto en la necesaria certidumbre que debe acompañar toda actividad económica y en la seguridad jurídica. En consecuencia, se está reconociendo la irregular situación presupuestaria a que dio lugar la entrada en vigor de la Ley 1/2002 y, sin embargo, nada prevé para arreglar esa situación.

3. La Sección Tercera del Tribunal Constitucional, por providencia de 21 de mayo de 2002, acordó admitir a trámite el recurso, dando traslado del mismo y documentos que le acompañan, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Parlamento y Gobierno Vascos, por conducto de sus Presidentes, para que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Todo ello con publicación en el "Boletín Oficial de Estado" de la incoación del recurso (lo que se cumplimentó en el BOE núm. 133, de 4 de junio).

4. Por escrito fechado el día 5 de junio de 2002 y registrado en este Tribunal el día 10 siguiente, doña María Teresa Astigarraga Goenaga, Letrada de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, compareció suplicando se la tuviese por personada en nombre del Gobierno Vasco y solicitando la prórroga por el máximo legal establecido del plazo otorgado para formular alegaciones, como consecuencia de la carga de trabajo que pesaba sobre los Servicios Jurídicos Centrales de la Administración de la Comunidad Autónoma.

5. Mediante escrito de 4 de junio de 2002, registrado en este Tribunal el 7 de junio siguiente, la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó a este Tribunal que el citado órgano no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, con remisión a la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General. Posteriormente, con fecha de 13 de junio de 2002, el Vicepresidente Primero del Senado -como Presidente en funciones- presentó escrito fechado el día 11 de junio anterior acordando que se tuviera a dicha Cámara por personada en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTIC.

6. Por providencia de la Sección Tercera del Tribunal Constitucional, de 13 de junio de 2002, se tuvo por personada y parte en nombre del Gobierno Vasco a la Letrada de los Servicios Jurídicos Centrales, prorrogándosele por ocho días más el plazo concedido para alegaciones.

7. Por escrito registrado en el Tribunal Constitucional con fecha 18 de junio de 2002, compareció el Letrado del Parlamento Vasco, don Alberto Figueroa Larraudogoitia, en nombre y representación de esta cámara, suplicando se dictase Sentencia por la que se desestimase el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno.

a) Para ello, arranca en sus argumentos precisando que la Ley del País Vasco 1/2002, de 23 de enero, no es una Ley de presupuestos generales, sino una Ley con contenido presupuestario, en la medida que autoriza al ejecutivo a la realización de determinados gastos, que coexiste con la prórroga de los presupuestos anteriores a su entrada en vigor, a saber, los aprobados por la Ley 4/1999, de 29 de diciembre, de presupuestos generales para el 2000. Dicho esto, la cuestión que debe dilucidarse, a juicio de esta representación procesal, es la de cómo debe de incardinarse la Ley 1/2002 en esa situación de prórroga presupuestaria. Y la respuesta a esta pregunta viene dada por la propia naturaleza de la Ley: se trata de una Ley ordinaria que ni pretende ni puede establecer los presupuestos generales y por tanto, acabar con el régimen de prórroga, cuya única virtualidad es una modulación o alteración de la prórroga para los créditos de gastos que en ella se contienen. Dicho de otra manera,

esta Ley vendría a modificar el régimen de prórroga presupuestaria estableciendo determinadas autorizaciones de gasto específicas para ciertas secciones presupuestarias. Y esto es posible, en opinión del Letrado del Parlamento Vasco, por varias razones. La primera, porque no resulta directamente prohibido por el Ordenamiento, pues no se regula en ninguna de las normas que integran el bloque de la constitucionalidad, ni está tampoco contemplado en las leyes generales ordinarias en materia presupuestaria. Y la segunda, porque el régimen de prórroga no presenta más diferencias respecto de un ejercicio que cuente con una propia Ley de presupuestos, que las limitaciones que se deriven de las leyes ordinarias que regulan esta situación (art. 56 de la Ley general presupuestaria y Título IX del texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre régimen presupuestario de Euskadi). En consecuencia, constante la prórroga, serán admisibles cualesquiera intervenciones legislativas cuyo resultado sea, bien alterar los créditos presupuestarios prorrogados, bien establecer normas relativas a su ejecución, como ocurrió, por ejemplo, con la Ley 2/1999, de 25 de junio, de medidas complementarias en materia económica, presupuestaria y financiera para el ejercicio de 1999, con la cual se pretendieron superar ciertas rigideces propias de la situación de prórroga presupuestaria ampliando las dotaciones de varios créditos relacionados con una serie de acciones administrativas inaplazables así como autorizar el gasto de otras nuevas cuya realización, no prevista en los presupuestos entonces prorrogados, se consideró urgente e inaplazable.

En suma, continúa el Letrado del Parlamento Vasco, puede afirmarse que la Ley 1/2002 ocupa una posición, respecto de los presupuestos generales, subsidiaria y complementaria. Subsidiaria, porque su virtualidad exige precisamente la persistencia de unos presupuestos generales, en este caso, los prorrogados. Complementaria, porque debe entenderse dirigida a completarlos o alterarlos específica y puntualmente. Por tanto, puede afirmarse que los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el 2002 son los resultantes de la prórroga de los vigentes en el 2001 (prorrogados a su vez respecto de los aprobados por la Ley 4/1999 para 2000) más la modulación efectuada por las determinaciones de la Ley 1/2002. Es decir, nos hallamos ante un doble régimen presupuestario pues, de una parte, se encuentran los créditos prorrogados, y de otra, los nuevos créditos incluidos en la Ley 1/2002. Así pues, las normas que regulan la ejecución presupuestaria del ejercicio 2002 serán las establecidas con carácter general en el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre régimen presupuestario de Euskadi, moduladas, naturalmente y en lo que resulte aplicable, por la situación de prórroga presupuestaria, tal y como se recogen en su Título IX.

b) Respecto del segundo argumento del Abogado del Estado (la aprobación de la Ley por el procedimiento previsto para las leyes de presupuestos), la representación del Parlamento Vasco entiende que la situación de prórroga presupuestaria no impedía la promulgación de nuevas leyes que implicasen la aparición de créditos adicionales a los existentes, al derivar esta posibilidad, no sólo de la ausencia de una prohibición legal o constitucional al efecto, sino del art. 6.3 de la Ley de principios ordenadores de la hacienda general del País Vasco, que expresamente establece que: "En el supuesto de que existan normas legislativas de modificación o complemento de las contenidas en las Leyes de Presupuestos Generales de Euskadi, aquéllas tendrán la misma naturaleza y régimen que éstas, con independencia de cuál sea el período de vigencia, ordinario o prorrogado en que incida". En consecuencia, si las normas legislativas de modificación o complemento de las contenidas en las leyes de presupuestos generales de Euskadi tienen la misma naturaleza y régimen que éstas, obviamente, la tramitación parlamentaria de las mismas no diferirá sustancialmente de los mecanismos previstos en el Reglamento para la tramitación de los presupuestos generales, por lo que ninguna tacha de inconstitucionalidad puede apreciarse en la aplicación de una tramitación parlamentaria que propicia la participación de forma más garantista (pues la tramitación de las leyes de presupuestos conlleva un régimen de garantías y de participación de los grupos parlamentarios más intensa) de la que

podría haberse producido de haber sido tramitada esta Ley por el procedimiento, por ejemplo, aplicado a la Ley 2/2002 de medidas presupuestarias del País Vasco.

c) También rechaza el Letrado del Parlamento Vasco la vulneración por la Ley impugnada del principio de seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 CE, pues aun siendo evidente que el principio constitucional de seguridad jurídica obliga al legislador a perseguir la certeza y no la confusión normativa, procurando que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los aplicadores del Derecho y los ciudadanos a qué atenerse, sin embargo, también es evidente que una defectuosa técnica legislativa no conduce sin más a una declaración de inconstitucionalidad. En efecto, en la materia objeto de la Ley, no hay que olvidarlo, los aplicadores del Derecho se encuentran restringidos básicamente al Gobierno Vasco, que es quien debe aplicar la ley recurrida, y al propio Parlamento, que es quien la aprueba y a quien corresponde la función de control de la acción del Gobierno. Por ello, no se produce incertidumbre alguna, tanto más cuando desde el primer momento el Gobierno Vasco aplicó la Ley de forma clara y meridiana sin que cupieran dudas de cuál era el derecho aplicable, las normas vigentes así como los ingresos y gastos aprobados para el ejercicio.

Por último, y con relación a la incidencia que la Ley del Parlamento Vasco 2/2002, de 21 de marzo, de medidas presupuestarias, pudiera tener sobre la inconstitucionalidad pretendida de la Ley 1/2002, afirma el Letrado del Parlamento Vasco que aquélla no es objeto del presente recurso y de su lectura sólo cabe deducir una interpretación acorde con la que se realiza en estas alegaciones.

8. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 28 de junio de 2002, la Letrada de los Servicios Jurídicos Centrales del Gobierno Vasco cumplimentó el trámite de alegaciones, suplicando se dictase Sentencia desestimando el recurso interpuesto y, en su efecto, declarándose la constitucionalidad de la norma recurrida.

a) Parte en sus argumentos haciendo una consideración previa respecto de la naturaleza de la Ley recurrida, al compartir plenamente la afirmación del Abogado del Estado de que la Ley recurrida no es una Ley de presupuestos. En este sentido, y aun admitiendo que la Ley 1/2002 tiene su origen en el Proyecto de Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para 2002, elaborado por el Gobierno y remitido al Parlamento Vasco el 31 de octubre de 2001, sin embargo, dicho Proyecto desembocó en la aprobación de una Ley que no es una Ley de presupuestos, sino simplemente una ley con contenido presupuestario que aprueba determinadas partidas de gastos y reglas para su ejecución. En suma, la situación presupuestaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco durante el ejercicio 2002 es la de unos presupuestos prorrogados (los aprobados por la Ley 4/1999, de 29 de diciembre), en recta aplicación de lo establecido en el art. 134.4 CE, el art. 21.2 LOFCA, y el Título IX de la Ley de régimen presupuestario de Euskadi, y dos Leyes de contenido presupuestario (la Ley 1/2002, de 23 de enero, y la Ley 2/2002, de 21 de marzo, de medidas presupuestarias).

b) La anterior situación presupuestaria no se ve afectada además, según la Letrada del Gobierno Vasco, por el régimen que siguen los ingresos en la situación de prórroga, al ser mucho más claro que lo que la demanda propone. En efecto, a su juicio, no hay incertidumbre alguna ya que en situación de prórroga el art. 133 del texto refundido de la Ley de régimen presupuestario señala que "durante el periodo de prórroga de los Presupuestos Generales el régimen de aportaciones de las Diputaciones Forales a la Hacienda General del País Vasco será el que se establece en el art. 29.5 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus Territorios Históricos, salvo que se hubiese aprobado la ley a la que se refiere el apartado octavo del art. 22 de la citada ley, en cuyo caso se aportará lo que establezca el Consejo Vasco de Finanzas Públicas para ese año". Añade el citado precepto que las anteriores aportaciones se distribuirán

entre los Territorios Históricos en función de los porcentajes acordados en el seno del Consejo y que tales aportaciones tendrán el carácter de a cuenta de lo que establezca la Ley de presupuestos para el nuevo ejercicio. Por su parte, la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus Territorios Históricos indica en su art. 29 que la prórroga de los presupuestos generales del País Vasco determina, a su vez, la prórroga de las aportaciones, en las mismas cuantías y vencimientos que se efectuaron en el último ejercicio.

En definitiva, las cuantías y vencimientos de las aportaciones, que significa la parte más importante de los recursos de la Hacienda General, quedan claramente fijados para los supuestos de prórroga, con un régimen de determinación y funcionamiento prácticamente ajeno a las previsiones que afectan a la prórroga de las habilitaciones de gasto y que viene establecido, al igual que cuando no existe prórroga, mediante el correspondiente acuerdo del Consejo Vasco de Finanzas de acuerdo con la Ley que fija la metodología para la determinación de las aportaciones o, en su defecto, el art. 29 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus Territorios Históricos. Por tanto, podrá afirmarse que la situación presupuestaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco durante el ejercicio 2002 es compleja pero en modo alguno tiene el grado de confusión insuperable que sostiene el Abogado del Estado.

c) Hecha la precisión anterior, y ya con relación a cada uno de los vicios de inconstitucionalidad imputados por el Abogado del Estado a la ley impugnada, comienza la Letrada del Gobierno Vasco resaltando que, conforme a la doctrina de este Tribunal Constitucional, el análisis de una norma legal debe estar presidido por el respeto a la labor del legislador -legítimo representante del titular de la soberanía- que descansa, a su vez, en principios básicos de nuestro sistema jurídico, como el de presunción de la legitimidad de la actividad del poder legislativo -que hunde sus raíces en el principio democrático-, la búsqueda permanente de una interpretación de las normas conforme a la Constitución o el de conservación de las normas. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad -cuyo único objeto es depurar la posible contradicción de las leyes y normas con fuerza de ley con la Constitución pero, en ningún caso, juzgar ni la corrección técnica ni la oportunidad política de las mismas (entre otras muchas, STC 86/1982, de 23 de diciembre)- reclama como lógica consecuencia de su gravedad un riguroso planteamiento impugnatorio, lo que en el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Abogado del Estado no se hace en la medida en que la falta de adecuación constitucional de la Ley recurrida se adopta como premisa y no como el resultado de un análisis razonado. Esto es, falta el rigor exigido para instar la máxima sanción que establece nuestro Ordenamiento para una norma de rango legal.

d) Por otra parte, aunque la declaración de inconstitucionalidad se pide formalmente por dos motivos diferentes, a la postre se reconducen a uno: la norma recurrida ha desconocido los límites materiales que derivan del art. 134.2 CE y vienen siendo exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional para las leyes de presupuestos. Pues bien, tomando como referencia la doctrina constitucional sobre los límites a estas leyes, la representación del Gobierno Vasco admite su aplicación a las de la Comunidad Autónoma porque, en síntesis, también en el ordenamiento autonómico los presupuestos generales, además de incluir la totalidad de gastos e ingresos del sector público vasco, son vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno y en la que participa el Parlamento en la función peculiar de su aprobación. Esta caracterización de la Ley de presupuestos generales se desprende de los arts. 25.1 y 44 EAPV y de las normas que en su desarrollo se han dictado, como el Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de principios ordenadores de la hacienda general del País Vasco, y el Decreto Legislativo 1/1994, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre régimen presupuestario de Euskadi.

Pues bien, la Letrada del Gobierno Vasco parte del doble contenido que según la doctrina del Tribunal Constitucional tienen las leyes de presupuestos.

Sobre esta base, el primer argumento del Abogado del Estado, esto es, la aprobación por el Parlamento Vasco de una ley innominada que contraviene el art. 134 CE, a su juicio, no puede prosperar, porque los presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco durante el ejercicio 2002 son los del ejercicio anterior prorrogados, y no existe precepto alguno de la Constitución o del bloque de la constitucionalidad que permita extender al resto de las normas legales con contenido presupuestario el régimen establecido para las leyes de presupuestos. Esto es, no cabe aplicar los límites materiales que se imponen a la ley de presupuestos con base en el art. 134 CE a otra ley que no sea de presupuestos y, en consecuencia, no cabe declarar la inconstitucionalidad de una ley mediante la utilización mimética y acrítica de los parámetros extraídos de la exégesis de aquel precepto constitucional (en este sentido se manifestó el fundamento jurídico 5 de la STC 126/1987, de 16 de julio). En suma, la pretensión de declarar la íntegra inconstitucionalidad de la Ley recurrida por contravenir los arts. 134 CE y 21 LOFCA, y la doctrina constitucional relativa a las leyes de presupuestos, no puede prosperar.

e) El segundo argumento aducido por el Abogado del Estado y relativo a la utilización del trámite de las leyes de presupuestos para la aprobación de una ley diferente tampoco puede derivar en la declaración de inconstitucionalidad, a juicio de la Letrada del Gobierno Vasco. En efecto, es un hecho innegable que la ley se aprueba tras seguir el procedimiento legislativo previsto para la aprobación de las leyes de presupuestos, pero no por el solo hecho de haber terminado el procedimiento con la aprobación de una ley que no es la de presupuestos puede declararse inconstitucional el producto final, tanto más cuando el supuesto vicio es sobrevenido al producirse la transformación en el último momento y como recta consecuencia de la libre decisión de la Cámara. No se trata, pues, de que el Gobierno vasco haya incluido en el Anteproyecto de Ley de presupuestos remitido a la Cámara contenidos indebidos, o que se haya forzado al legislador a examinar y debatir materias de ley ordinaria por el procedimiento reservado a los Proyectos de Ley de presupuestos, provocando una restricción injustificada de la competencia de aquél, o que la Ley impugnada sea el resultado de una incorrecta aplicación del procedimiento legislativo, sino simplemente de la aprobación de una Ley por el Parlamento vasco resultado del juego de mayorías y minorías existente plasmado al hilo de la discusión de la Ley de presupuestos. Aunque es cierto que la consecuencia "normal" -como sinónimo de común- de la tramitación del proyecto de ley de presupuestos es que termine con la aprobación de la Ley de presupuestos o con la devolución al ejecutivo, nada impide que el Parlamento en el ejercicio de su función legislativa adopte otra decisión.

Diferente es, a juicio de la Letrada del Gobierno vasco, pretender que el producto final de esa tramitación sea una Ley de presupuestos. Lo que sí sería inconstitucional es "pretender otorgar a ese producto □distinto□ el carácter de una Ley de Presupuestos". Se trata, simplemente, de una ley de naturaleza presupuestaria por razón de su contenido, pero no de la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002. Por este motivo, no puede serle de aplicación la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional con relación al contenido mínimo y posible de las leyes de presupuestos, pues dicha doctrina se encamina a "extraer" de una ley de presupuestos un contenido indebido por ser ajeno al "mínimo" o al "eventual", y ni mucho menos aplicar aquella doctrina para fundar la inconstitucionalidad de una ley cuyo contenido es exclusivamente presupuestario. No basta, como hace el Abogado del Estado, con constatar que la Ley cuestionada ha seguido la tramitación parlamentaria propia de las leyes de presupuestos para concluir la inconstitucionalidad de la norma.

Es más -continúa la representación procesal del Gobierno vasco- conforme a la doctrina constitucional los reglamentos parlamentarios son normas interpuestas que pueden funcionar como normas de parámetro en el control de constitucionalidad,

teniendo el procedimiento legislativo un carácter instrumental en relación al pluralismo político. Sólo producirá, entonces, un vicio invalidante, la infracción del Reglamento que "altere de forma sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras" (FJ 1.ª de la STC 99/1987). Por tanto, la mera denuncia de una infracción del Reglamento del Parlamento Vasco nunca sería suficiente para fundar la inconstitucionalidad de la Ley. El procedimiento ha sido el previsto en el Reglamento de Parlamento Vasco pero, en lugar de dar nacimiento a una ley de presupuestos, ha alumbrado una ley de otra naturaleza. Una cosa es que la tramitación parlamentaria de la Ley impugnada fuera la que corresponde a un Proyecto de Ley de presupuestos sin que, como consecuencia de la complicada composición política del Parlamento Vasco, resultara aprobada como tal, y otra bien distinta que en esa tramitación se consumara una alteración sustancial del proceso de formación de voluntad del Parlamento Vasco.

En el proceso de formación de la voluntad de la Cámara que desemboca en la aprobación de la Ley impugnada no se ha producido restricción alguna de los derechos parlamentarios, ningún grupo político se ha visto privado de su derecho a enmendar el proyecto, a expresar su parecer en los debates o a emitir su voto. Además, existe una sustancial identidad entre el procedimiento legislativo común (Capítulo Primero del Título V) para leyes de contenido presupuestario y el correspondiente al Proyecto de Ley de presupuestos (Capítulo Cuarto del Título V) que contempla el Reglamento del Parlamento Vasco. En efecto, el art. 123.1 RPV determina que en el estudio y aprobación del Proyecto de Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se aplica el procedimiento legislativo común, salvo las especificidades que se contienen en el Capítulo Cuarto. Y es de ver que la "restricción" a la capacidad de enmienda más severa que contemplan los números 7 (enmiendas que suponen un incremento de crédito) y 8 (enmiendas que suponen minoración) referidos al procedimiento de aprobación del Proyecto de Ley de presupuestos, también se aplican en el procedimiento legislativo común (art. 103) si el proyecto o la proposición implican aumento de gasto público o disminución de los ingresos. En suma, no cabe declarar la inconstitucionalidad de la Ley por el procedimiento legislativo seguido para su aprobación.

f) Por último, termina la Letrada del Gobierno Vasco rechazando el argumento del Abogado del Estado relativo a la vulneración por la Ley impugnada del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). A juicio de la representación del Gobierno Vasco, si el principio "seguridad jurídica", en el entendimiento que de él ha hecho el Tribunal Constitucional, es la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10), la Ley impugnada no vulnera ninguna de las antedichas categorías, en primer lugar, porque no se alega la contravención del principio de jerarquía normativa, ni la ausencia de publicación o de un contenido retroactivo desfavorable, ni, en fin, su dictado arbitrario. Se propugna, por el contrario, la utilización del principio como parámetro de constitucionalidad en su vertiente de certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable (STC 15/1986, de 31 de enero) o de las exigencias de claridad y sencillez que de aquél principio derivan para la labor legislativa. Es decir, se denuncia que el producto normativo aprobado por el Parlamento Vasco debe ser declarado inconstitucional por ser imperfecto y oscuro.

No obstante, sin negar que la norma recurrida es imperfecta y que su inclusión en el Ordenamiento jurídico es compleja (característica por otra parte común a todos los periodos de prórroga presupuestaria), lo cierto es que, a juicio de esta representación procesal, una cosa es la claridad y buena técnica de las leyes como exigencias que deben cumplir las normas legales y otra bien distinta utilizar esas categorías como parámetros para examinar su adecuación a la Constitución. Por este motivo, discernir cuándo la oscuridad de la proposición normativa hace a ésta inconstitucional no es sólo una tarea complicada sino que desliza el juicio de constitucionalidad por el peligroso terreno de la apreciación subjetiva, tanto más cuando hay muchas normas (incluida la que aquí se recurre) que obtendrían una muy deficiente puntuación en el

"test de la seguridad jurídica" en su vertiente de exigir leyes claras y sencillas, pero no por ello puede colegirse, sin más, su inconstitucionalidad. Ésta es, por lo demás, la conclusión que se extrae de la propia doctrina citada en la demanda en apoyo de este motivo, pues precisamente la STC 150/1990, de 4 de octubre, apuntaba que "cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten". Y en esta Sentencia no se aprecia vulneración del principio de seguridad jurídica y ello a pesar de que dicha vulneración sea predicada respecto de un precepto perteneciente al ámbito tributario, donde se refuerza la exigencia al legislador de crear productos normativos claros. Y la misma conclusión se adopta acudiendo a la STC 46/1990, de 15 de marzo, donde el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de un precepto por contravenir el citado principio constitucional (aunque el juicio sobre la seguridad jurídica era complementario de la previa valoración negativa del precepto por otros motivos), pero donde es importante destacar que es una constante en los razonamientos del Tribunal resaltar el carácter instrumental del principio para contar con un Ordenamiento jurídico mínimamente coherente, pero no en abstracto, sino desde el punto de vista de los llamados a cumplir las normas. Sin embargo, la seguridad jurídica no se ha utilizado en el ámbito de las previsiones presupuestarias estrictas insitas en la compleja realidad del derecho presupuestario y financiero.

Pues bien, al margen de la complejidad de la situación presupuestaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002, la situación es perfectamente inteligible en términos jurídicos: ha funcionado el mecanismo de la prórroga y existen dos Leyes de contenido presupuestario que han modulado ésta, cuya inserción en el Ordenamiento jurídico no es sencilla pero es factible acudiendo a las reglas de interpretación admisibles en Derecho, máxime si se tiene en cuenta que, de un lado, por su contenido sus únicos destinatarios son la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y las entidades del sector público vasco y, de otra parte, el propio legislador vasco aprobó la Ley 2/2002 para facilitar la citada inserción. No existe, pues, una situación de incertidumbre razonablemente insuperable, pues ha de leerse la norma impugnada junto a la regulación del régimen de prórroga presupuestaria y junto a la Ley 2/2002 para concluir que no cabe apreciar ninguna zona de incertidumbre que no pueda ser resuelta de acuerdo con las reglas de interpretación propias de las situaciones de prórroga.

En conclusión, la Ley 1/2002 es una norma compleja pero perfectamente resoluble, no existiendo motivos para declarar su inconstitucionalidad, tanto más cuando el principio de seguridad jurídica que trae al proceso la demanda puede conllevar precisamente el resultado contrario, pues la entera expulsión de la norma del Ordenamiento puede, a la postre, provocar una situación de incertidumbre aún más intensa que la que, en hipótesis, se pretende evitar.

9. Por providencia de 14 de enero de 2003, se señaló para deliberación y votación del presente recurso de inconstitucionalidad el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente recurso de inconstitucionalidad plantea el Presidente del Gobierno tres cuestiones con relación a la Ley del Parlamento Vasco 1/2002, de 23 de enero. Concretamente, imputa el Abogado del Estado a la citada Ley, en primer lugar, la vulneración del apartado 2 del art. 134 CE, del art. 21 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA), así como del art. 44 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV, desde ahora), pues estando en vigor (como consecuencia de la prórroga automática prevista en los

arts. 134.4 CE, 21.2 LOFCA y 127 del Decreto Legislativo del País Vasco 1/1994, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el "texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el régimen presupuestario de Euskadi") la Ley de presupuestos 4/1999, de 29 de diciembre, con la función y el contenido mínimo e indisponible que este Tribunal le ha venido atribuyendo (la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal), la Ley 1/2002 impugnada establece también una autorización de créditos presupuestarios y la previsión de algunos ingresos, de manera que no es posible reconocer una disposición que cumpla con los fines y objetivos propios de la Ley de presupuestos, dado que no se sabe si deben prevalecer las partidas de los presupuestos prorrogados o las de la Ley recurrida. En segundo lugar, la Ley 1/2002 sería también inconstitucional al haberse aprobado por el procedimiento especial establecido exclusivamente para la Ley de presupuestos en el Reglamento del Parlamento Vasco de 11 de febrero de 1983, dado que, conforme al bloque de la constitucionalidad, presentado un proyecto de Ley de presupuestos, éste puede ser aprobado o enmendado, total o parcialmente, pero en ningún caso puede concluir en un producto normativo que no sea la Ley de presupuestos. En tercer lugar, entiende el Abogado del Estado que la Ley 1/2002 vulnera asimismo el principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9.3 CE, ya que al incidir sobre una Ley de presupuestos prorrogada sin determinar su eficacia y virtualidad, dificulta la determinación del Derecho vigente e impide conocer cuáles son los ingresos y gastos aprobados para el ejercicio 2002, así como la relación entre unos y otros.

Por su parte, el Parlamento Vasco se opone a las anteriores objeciones con fundamento, en esencia, en tres razonamientos. En primer lugar, considera que la Ley 1/2002 no constituye más que una Ley ordinaria que ocupa una posición subsidiaria y complementaria de la Ley de presupuestos prorrogada, en la medida en que viene a alterar o modular la prórroga para determinados créditos de gastos que en esta última se contienen; modificación del régimen de prórroga que, a su juicio, resulta posible, no sólo porque no está directamente prohibida por el Ordenamiento, sino también porque el régimen de prórroga no tiene otras limitaciones que las que deriven de las leyes ordinarias que regulen esta situación, concretamente, el art. 56 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general presupuestaria (en adelante, LGP) y el Título IX de la Ley 1/1994. En segundo lugar, estableciendo la Ley 1/2002 normas de modificación o complemento de las contenidas en la Ley de presupuestos prorrogada, entiende el Letrado del Parlamento Vasco que la aprobación de la Ley impugnada mediante el procedimiento especial y más garantista previsto para la Ley de presupuestos no merece ninguna tacha de inconstitucionalidad. En tercer lugar, en fin, pese a reconocer su defectuosa técnica legislativa, rechaza el Letrado del Parlamento Vasco que la Ley 1/2002 vulnere el principio de seguridad jurídica, ya que, dada la naturaleza de dicha norma, sus únicos destinatarios son el Parlamento y el Gobierno Vascos, y este último ha aplicado la Ley impugnada desde el principio de forma clara y meridiana.

También rechaza la inconstitucionalidad de la Ley 1/2002 impugnada el Gobierno Vasco. A este respecto, aunque considera aplicable a la Comunidad Autónoma del País Vasco la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre el contenido de la Ley de presupuestos (en la medida en que el art. 134.2 CE viene a reproducirse en los arts. 25.1 y 44 EAPV), estima la Letrada del Gobierno Vasco que los presupuestos de dicha Comunidad Autónoma para el ejercicio 2002 son los del ejercicio anterior prorrogados, no existiendo precepto alguno de la Constitución o del bloque de la constitucionalidad que permita extender al resto de las normas legales con contenido presupuestario -como es el caso de la Ley 1/2002- el régimen establecido para las Leyes de presupuestos. Tampoco cree el Gobierno Vasco que quepa declarar inconstitucional la Ley impugnada por el sólo hecho de haberse tramitado por el procedimiento de la Ley de presupuestos, pues este supuesto vicio es sobrevenido, al producirse la transformación en ley ordinaria en el último momento y como consecuencia de la libre decisión de la Cámara. En este sentido, frente a lo que mantiene el Abogado del Estado, entiende el Gobierno Vasco que aunque la consecuencia normal de la tramitación del Proyecto de Ley de presupuestos es que

termine con la aprobación de la Ley de presupuestos o con la devolución al ejecutivo, nada impide que el Parlamento, en el ejercicio de su función legislativa, adopte otra decisión. En fin, tampoco cree el Gobierno Vasco que la norma impugnada lesione el principio de seguridad jurídica, pues, aun admitiendo que la Ley 1/2002 es imperfecta y de compleja inclusión en el Ordenamiento, no por ello puede colegirse sin más su inconstitucionalidad. A su juicio, existen dos normas de contenido presupuestario -la Ley de presupuestos prorrogada y la Ley 1/2002- cuya inserción en el Ordenamiento jurídico, aunque no resulta sencilla, es factible, sobre todo si se considera que sus únicos destinatarios son la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y las entidades del sector público vasco y que el propio legislador vasco aprobó la Ley 2/2002 para facilitar dicha inserción.

2. Antes de entrar a conocer de la cuestión planteada en el presente proceso constitucional es necesario realizar una precisión previa en relación a la posible pérdida sobrevinida del objeto como consecuencia de la reciente aprobación por el Parlamento Vasco de la Ley 8/2002, de 27 de diciembre, por la que se aprueban los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el presente ejercicio del año 2003.

Pues bien, aunque sólo sea a efectos dialécticos debemos convenir que por el hecho de que la norma impugnada tuviera una vigencia limitada exclusivamente al ejercicio presupuestario 2002, a modo de Ley de presupuestos, ello no sería causa determinante de la pérdida sobrevinida de objeto de un recurso de inconstitucionalidad contra la misma, aunque la Sentencia resultante del proceso constitucional recayera después del período de tiempo en el que la Ley cuestionada extiende su vigencia, pues ello sería tanto como negar la posibilidad de control por este Tribunal Constitucional de determinadas normas con vigencia limitada en el tiempo (en particular, las de contenido presupuestario), creándose así un ámbito normativo (estatal o autonómico) inmune al control de la jurisdicción constitucional.

3. La resolución del presente recurso de inconstitucionalidad debe partir del examen de la configuración que de la Ley de presupuestos se contiene en la Constitución y en el bloque de la constitucionalidad. En este sentido, conviene comenzar subrayando que, conforme al art. 1.1 CE, "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho" y que es esencial a un Estado democrático la existencia de un Parlamento cuyos miembros son elegidos por sufragio universal. El papel esencial que en nuestro Estado juega el Parlamento aparece reflejado en la Constitución ya en su primer artículo, donde se declara que la "forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria" (art. 1.3 CE). La soberanía nacional, advierte el apartado 2 del mismo precepto, "reside en el pueblo español", y son las Cortes Generales las que, según expresa el art. 66.1 CE, le representan. De acuerdo con nuestra Constitución, España es una democracia parlamentaria donde las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye la Constitución (art. 66.2 CE).

La competencia de aprobar los presupuestos del Estado, como referencia primera e inmediata de la configuración constitucional de nuestras Cortes Generales, tras atribuirles el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, revela la esencialidad de la institución presupuestaria para el Estado social y democrático de Derecho en que se constituye, en el mismo art. 1.3 de la norma fundamental, la democracia parlamentaria española.

A este respecto, conviene recordar que el presupuesto nace vinculado al parlamentarismo. En efecto, el origen remoto de las actuales leyes de presupuestos hay que buscarlo en la autorización que el Monarca debía obtener de las Asambleas estamentales para recaudar tributos de los súbditos. Así, entre otros, baste recordar la garantía ofrecida por Pedro III, en 1283, a las Cortes Catalanas de Barcelona de no introducir nuevos tributos sin el consentimiento de ellas o, en un ámbito distinto al

nuestro, la prohibición de la Carta Magna inglesa de 1215 que, en su art. 12, prohibía la existencia de tributos "sin el consentimiento del Consejo común". Como consecuencia directa de este principio de "autoimposición", surgió el derecho de los ciudadanos, no sólo a consentir los tributos, sino también a conocer su justificación y el destino a que se afectaban, derechos que recogió tempranamente la Bill of Rights de 1689, expresó claramente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 14) y estableció nuestra Constitución de Cádiz de 1812 (art. 131). Los primeros presupuestos, así pues, constituían la autorización del Parlamento al Monarca respecto de los ingresos que podía recaudar de los ciudadanos y los gastos máximos que podía realizar y, en este sentido, cumplían la función de control de toda la actividad financiera del Estado. En la segunda mitad del siglo XIX, sin embargo, cuando los tributos se convierten en la principal fuente de financiación de los Estados, se produce un desdoblamiento del principio de legalidad financiera, fenómeno que en nuestro Estado tiene lugar con la Constitución de 1869. La Ley de presupuestos, en efecto, pasa de establecer una autorización respecto de los ingresos a recoger una mera previsión de los mismos, en la medida en que su establecimiento y regulación se produce mediante otras normas de vigencia indefinida (principio de legalidad tributaria). Sin embargo, respecto de los gastos la Ley de presupuestos mantiene su carácter de autorización por el Parlamento, autorización que es indispensable para su efectiva realización (principio de legalidad presupuestaria). Este principio de legalidad presupuestaria dio lugar a la Ley provisional de administración y contabilidad de la hacienda pública de 25 de junio de 1870.

Así, la conexión esencial entre presupuesto y democracia parlamentaria debe ser destacada como clave para la resolución de este recurso de inconstitucionalidad. El presupuesto es, como hemos visto, la clave del parlamentarismo ya que constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (Cortes, Parlamentos o Asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos e impuestos; después, para controlar la administración de los ingresos y la distribución de los gastos públicos.

4. Ese desdoblamiento del control por el Parlamento de la actividad financiera pública se recoge en la Constitución española de 1978. De un lado, los arts. 31.3 y 133, apartados 1 y 2, ambos de la CE, establecen el principio de legalidad respecto de las prestaciones patrimoniales de carácter público y los tributos; reserva de ley que, como hemos señalado en varias ocasiones, tiene como uno de sus fundamentos "garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los entes públicos sean previamente consentidas por sus representantes", configurándose de este modo como "una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano" [SSTC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3; y 233/1999, de 13 de diciembre, FFJJ 7, 9 y 10 a)]. De otro lado, los arts. 66.2 y 134.1, ambos de la Constitución, establecen el principio de legalidad respecto de los gastos al atribuir a las Cortes Generales la función de examinar, aprobar y enmendar los presupuestos generales del Estado. Como señala el art. 134.2 CE, dichos presupuestos deben incluir "la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal"; de ahí que, como hemos venido señalando, "aparezcan como un instrumento de dirección y orientación de la política económica del Gobierno" [SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 2; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 3; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a); 178/1994, de 16 de junio, FJ 5; 171/1996, de 30 de octubre, FJ 2; 203/1998, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1999, de 16 de diciembre, FJ 4; 32/2000, de 3 de febrero, FJ 5; 180/2000, de 29 de junio, FJ 4; 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4; 62/2001, de 1 de marzo, FJ 4; 109/2001, de 26 de abril, FJ 5; 24/2002, de 31 de enero, FJ 5; y 67/2002, de 21 de marzo, FJ 3].

Es evidente que en la Ley de presupuestos deben figurar, en todo caso, tanto los ingresos como los gastos, como hemos dicho en reiteradas ocasiones. Pero, mientras que, respecto de los ingresos, en virtud de la existencia de normas de vigencia permanente que autorizan su exacción, se produce una mera estimación, respecto de

los gastos, la Ley de presupuestos constituye una verdadera autorización de su cuantía y destino [SSTC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 3; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 5; 134/1987, de 21 de julio, FJ 6; 65/1990, de 5 de abril, FJ 3; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a); 16/1996, de 1 de febrero, FJ 6; 203/1998, de 15 de octubre, FJ 3; 33/2000, de 3 de febrero, FJ 5; 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4]. En efecto, como señalamos en la STC 13/1992, de 6 de febrero, los "créditos consignados en los estados de gastos de los presupuestos generales" constituyen "autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones" y "predeterminan el concepto por el que autorizan su uso" (FJ 5). Y, en relación con las subvenciones, dijimos en la STC 68/1996, de 18 de abril, que "el principio de legalidad en materia presupuestaria exige que sea la Ley de presupuestos la que establezca el importe máximo de tales subvenciones y determine con la suficiente concreción su destino" (FJ 9). Así lo señala expresamente para el ámbito estatal el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general presupuestaria, al disponer en su art. 51 que los presupuestos generales del Estado contendrán, de un lado, "los estados de ingresos en los que figuren las estimaciones de los distintos derechos económicos a liquidar en el ejercicio" [letra b)], y, de otro, "los estados de gastos en los que se incluirán, con la debida especificación, los créditos necesarios para atender al cumplimiento de las obligaciones" [letra a)]. En definitiva, del mismo modo que son los representantes de los ciudadanos los que deben autorizar la exacción de las prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 CE), es también al Parlamento a quien corresponde autorizar la cuantía y el destino del gasto, así como el límite temporal de los créditos presupuestarios (art. 134.2 CE).

De lo anterior se deduce que, incluyendo los presupuestos generales del Estado "la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal" (art. 134.2 CE) y constituyendo el "instrumento de dirección y orientación de la política económica del Gobierno", mediante su "examen, enmienda y aprobación", las Cortes Generales ejercen, como hemos dicho, una función específica y constitucionalmente definida a la que hicimos referencia en la STC 76/1992, de 14 de mayo [FJ 4 a)]. A través de ella, cumplen tres objetivos especialmente relevantes: a) Aseguran, en primer lugar, el control democrático del conjunto de la actividad financiera pública (arts. 9.1 y 66.2, ambos de la Constitución); b) Participan, en segundo lugar, de la actividad de dirección política al aprobar o rechazar el programa político, económico y social que ha propuesto el Gobierno y que los presupuestos representan; c) Controlan, en tercer lugar, que la asignación de los recursos públicos se efectúe, como exige expresamente el art. 31.2 CE, de una forma equitativa, pues el presupuesto es, a la vez, requisito esencial y límite para el funcionamiento de la Administración.

En suma, superada la vieja controversia sobre el carácter formal o material de la Ley de presupuestos generales (como se dijo tempranamente en la STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 2, y luego se reiteró, por ejemplo, en las SSTC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 5; 68/1987, de 21 de mayo, FJ 4; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4; y 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4), estamos ante una ley singular, de contenido constitucionalmente determinado, exponente máximo de la democracia parlamentaria, en cuyo seno concurren las tres funciones que expresamente el art. 66.2 CE atribuye a las Cortes Generales: es una ley dictada en el ejercicio de su potestad legislativa, por la que se aprueban los presupuestos y, además, a través de ella, se controla la acción del Gobierno.

Y, precisamente, para que mediante la aprobación de los presupuestos esta labor de control pueda ser efectiva, el art. 134.2 CE establece que los presupuestos generales del Estado "incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal", recogiendo de este modo los principios de unidad (los presupuestos deben contenerse en un solo documento) y universalidad (ese documento debe acoger la totalidad de los gastos e ingresos del sector público). Como hemos dicho en reiterada doctrina, este precepto constituye el contenido "propio, mínimo y necesario" de la Ley de

presupuestos [STC 109/2001, de 26 de abril, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 4; 65/1990, de 5 de abril, FJ 4; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a); 234/1999, de 16 de diciembre, FJ 4; 32/2000, de 3 de febrero, FJ 5; y 67/2002, de 21 de marzo, FJ 3]. Esto es, el contenido que en todo caso debe aparecer en la Ley de presupuestos que cada año debe ser aprobada por el Parlamento. Se trata, en definitiva, de una "ley de contenido constitucionalmente definido" (SSTC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4; 16/1996, de 1 de febrero, FJ 6; 61/1997, de 20 de marzo, FJ 2; 174/1998, de 23 de julio, FJ 6; 130/1999, de 1 de julio, FJ 8; 131/1999, de 1 de julio, FJ 2; 234/1999, de 16 de diciembre, FJ 4; 32/2000, de 3 de febrero, FJ 5; y 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4), de manera que puede hablarse en propiedad de la existencia en la Constitución de una reserva de un contenido de Ley de presupuestos (STC 131/1999, de 1 de julio, FJ 4).

5. La Ley de presupuestos constituye en la actualidad una habilitación de ingresos y una autorización de los gastos que el Gobierno puede realizar durante un ejercicio económico que ha de coincidir con el año natural. En este sentido, es preciso señalar que, como se desprende con toda claridad de la Constitución, la autorización en que la Ley de presupuestos generales se materializa tiene naturaleza meramente temporal; esto es, se trata de una autorización que tiene un plazo de vigencia sometida a un límite temporal constitucionalmente determinado, concretamente, el de un año. Sobre este particular, decíamos en las SSTC 32/2000, de 3 de febrero (FJ 2), 109/2001, de 26 de abril (FJ 5), y 67/2002, de 21 de marzo (FJ 3), que "son las Leyes que cada año aprueban los presupuestos generales del Estado", y en la STC 195/1994, de 28 de junio, que la "específica función que constitucionalmente se atribuye a este tipo de leyes" es "aprobar anualmente los presupuestos generales del Estado" (FJ 2). Así lo establece claramente para las Leyes de presupuestos del Estado el art. 134.2 CE al señalar que "los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual".

No obstante lo anterior, la propia Constitución establece en su art. 134.4 la posibilidad de que esa vigencia resulte temporalmente prorrogada en el supuesto de que "la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente", en cuyo caso "se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos". En el mismo sentido, el art. 56.1 LGP dispone que "si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación y publicación de los nuevos en el Boletín Oficial del Estado". En consecuencia, teniendo la autorización de gastos prevista en la Ley de presupuestos un carácter anual, es evidente que la prórroga de los créditos autorizados constituye, como muestra la experiencia del Derecho comparado en las democracias parlamentarias, un mecanismo excepcional que opera en bloque y exclusivamente en aquellos casos en los que, finalizado el ejercicio presupuestario, aún no ha sido aprobada la nueva Ley. La prórroga opera, además, como un mecanismo automático, *ex Constitutione*, sin necesidad de una manifestación de voluntad expresa en tal sentido, durante el tiempo que medie entre el inicio del nuevo ejercicio presupuestario y "hasta la aprobación de los nuevos".

Por otra parte, también el propio texto constitucional prevé la posibilidad de que el Parlamento modifique los presupuestos a iniciativa del Gobierno en su art. 134.5. En efecto, conforme al tenor literal de este artículo "aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario". Es claro que, por la propia naturaleza, contenido y función que cumple la Ley de presupuestos, el citado art. 134.5 CE no permite que cualquier norma modifique, sin límite alguno, la autorización por el Parlamento de la cuantía máxima y el destino de los gastos que dicha Ley establece. Por el contrario, la alteración de esa habilitación y, en definitiva, del programa político y económico anual del Gobierno que el presupuesto representa, sólo puede llevarse a cabo en supuestos excepcionales, concretamente cuando se trate de un gasto inaplazable provocado por

una circunstancia sobrevenida. Admitir lo contrario, esto es, la alteración indiscriminada de las previsiones contenidas en la Ley de presupuestos por cualquier norma legal, supondría tanto como anular las exigencias de unidad y universalidad presupuestarias contenidas en el art. 134.2 CE. Este es, por otro lado, el entendimiento que del art. 134.5 CE ha tenido el legislador estatal al autorizar al Gobierno a solicitar de las Cortes Generales un crédito extraordinario o un suplemento de crédito sólo cuando exista "algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente" y no exista en los presupuestos del Estado "crédito o sea insuficiente y no ampliable el consignado" y, además, "se especifique el recurso que haya de financiar el mayor gasto público" (art. 64.1 LGP).

6. Como señalamos en la STC 174/1998, de 23 de julio (en relación con los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Aragón para 1992), y reiteramos en las SSTC 130/1999, de 1 de julio (con relación a los presupuestos generales de la Diputación Regional de Cantabria para 1993), 180/2000, de 29 de junio (con relación a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para 1993) y, finalmente, 274/2000, de 15 de noviembre (en relación con presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1997), la doctrina constitucional expuesta se formula respecto de las Leyes de presupuestos generales del Estado.

En efecto, aunque de la literalidad del art. 134 CE examinado se deduce, en principio, que las reglas en él contenidas tienen como objeto directo la regulación de una institución estatal, de modo que "de los preceptos constitucionales que regulan las instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas", es evidente que existen una serie de reglas y principios constitucionales que son predicables de toda institución presupuestaria, estatal o autonómica. En este sentido, hemos dicho que la regulación aplicable a las instituciones autonómicas -en este caso, al presupuesto de la Comunidad Autónoma del País Vasco-, no es sólo la contenida en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para delimitar las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas [singularmente la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas] y en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas, sino también, "por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado entendido en sentido amplio" (STC 116/1994, de 18 de abril, FJ 5, en relación con los presupuestos generales de Navarra para 1985; también las SSTC 174/1998, de 23 de julio, FJ 6; 130/1999, de 1 de julio, FJ 5; 180/2000, de 29 de junio, FJ 5; y 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 5).

Procede examinar, por tanto, si las Leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco cumplen la misma función y están sometidas a los mismos límites materiales y temporales que las Leyes de presupuestos del Estado. A este respecto, conviene comenzar subrayando que, tal y como exige el art. 152 CE, también el Parlamento de la Comunidad Autónoma del País Vasco "ejerce la potestad legislativa, aprueba sus presupuestos e impulsa y controla la acción del Gobierno Vasco" (art. 25.1 EAPV). Sentado esto y por lo que se refiere al contenido de la Ley de presupuestos, debe señalarse que, del mismo modo que el art. 134.2 CE, el art. 21.1 LOFCA establece que los presupuestos de las Comunidades Autónomas "incluirán la totalidad de los gastos e ingresos de los Organismos y Entidades integrantes de la misma y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a tributos atribuidos a las referidas Comunidades". En la misma línea, el art. 44 EAPV dispone que los "Presupuestos Generales del País Vasco contendrán los ingresos y gastos de la actividad pública general, y serán elaborados por el Gobierno Vasco y aprobados por el Parlamento Vasco de acuerdo con las normas que éste establezca". Estas normas a las que se remite el precepto estatutario transcrito son, en la actualidad, el Decreto Legislativo vasco 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de principios ordenadores de la hacienda general

del País Vasco, y el Decreto Legislativo 1/1994, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el régimen presupuestario de Euskadi.

Pues bien, de acuerdo con el apartado 1 del art. 5 del citado Decreto Legislativo 1/1997, los "Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, o Presupuestos Generales de Euskadi, son la expresión formal documental, en términos financieros y contables, del conjunto de decisiones que constituyen el programa directivo de la actividad económica a realizar por la Comunidad Autónoma de Euskadi en cada ejercicio económico o presupuestario". Por lo que se refiere al Decreto Legislativo 1/1994, dispone éste que los "Presupuestos Generales de Euskadi están integrados por los correspondientes a cada una de las entidades que componen el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como por los límites máximos de prestación de garantías y de endeudamiento que les sean de aplicación" (art. 2.1). Por otro lado, la misma norma establece que los presupuestos generales "comprenderán todos los derechos y obligaciones, sin excepción alguna, que, en cada caso, se prevea liquidar y sea necesario atender, respectivamente" (art. 6.1), debiendo contener un "estado de ingresos comprensivo de los distintos derechos económicos a liquidar durante el ejercicio" (art. 8.1.a) y un "estado de gastos comprensivo de los créditos necesarios para atender el cumplimiento de las respectivas obligaciones, tanto de pago como de compromiso" (art. 8.1.b).

En cuanto a la vigencia de la Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en la misma línea que el art. 134.2 CE, el art. 21.1 LOFCA establece que los "Presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual e igual período que los del Estado"; el art. 5.4 del Decreto Legislativo vasco 1/1997 señala que el "ejercicio económico o presupuestario a que vendrán referidos los presupuestos generales coincide con el año natural"; y el Decreto Legislativo 1/994 dispone que "los Presupuestos Generales extenderán su vigencia a un ejercicio económico de duración anual" (art. 4.1), ejercicio que "coincidirá con el año natural" (art. 4.2). Tampoco existen singularidades reseñables en el régimen de prórroga de los presupuestos de la Comunidad Vasca respecto del previsto en el art. 134.4 CE. En efecto, el art. 21.2 LOFCA establece que si "los Presupuestos Generales de las Comunidades Autónomas no fueran aprobados antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, quedará automáticamente prorrogada la vigencia de los anteriores". Y el Título IX del Decreto Legislativo 1/1994 regula el régimen de prórroga de los presupuestos vascos, señalando en concreto el art. 134 que dicho régimen "se entenderá sin perjuicio de lo que en su momento disponga la correspondiente Ley de Presupuestos Generales que se apruebe para el nuevo ejercicio".

Finalmente, respecto de la posibilidad de modificar los presupuestos, en el marco de lo dispuesto en el art. 134.5 CE, el art. 125 del Reglamento del Parlamento Vasco, de 11 de febrero de 1983, establece que una vez "aprobados los Presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario". Y, al igual que la Ley general presupuestaria, el Decreto Legislativo del País Vasco 1/1994 permite la modificación de las autorizaciones "que para cada ejercicio contenga la Ley de Presupuestos Generales" (art. 63.1) sólo por los motivos excepcionales que se enumeran en el art. 64 de la norma.

En definitiva, de la exposición que acaba de hacerse se deduce la existencia de una sustancial identidad entre las normas que son aplicables a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco y lo dispuesto respecto de los del Estado en el art. 134 CE, como no podía ser de otro modo, dado que la norma constitucional y la estatutaria (así como las normas que las desarrollan) no hacen otra cosa que recoger una serie de principios que, como hemos dicho, son consustanciales a la institución presupuestaria y al sistema parlamentario (arts. 66 y 152.1, ambos de la

Constitución), coincidentes por lo demás con los de las democracias con las que ha entroncado nuestro país.

7. Tras lo hasta aquí expuesto podemos ya abordar el examen de la Ley 1/2001, de 23 de enero, objeto de impugnación. Ahora bien, para analizar los vicios de inconstitucionalidad que a esta norma legal le achaca el Abogado del Estado es necesario concretar cuál es su verdadera naturaleza.

A este respecto, lo primero que hay que señalar es que, como reconocen tanto el Abogado del Estado como los del Parlamento y Gobierno Vascos, la Ley 1/2002 no es la Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2002. Aunque es cierto que esta Ley es el resultado de la tramitación del Proyecto de Ley de presupuestos y, en consecuencia, siguió los trámites del procedimiento presupuestario, sin embargo, no es la Ley que inexcusablemente debe aprobarse todos los años conforme establecen los arts. 134 CE y 21 LOFCA. Y no lo es, no sólo porque así lo ha decidido el propio Parlamento Vasco al no calificarla expresamente como Ley de presupuestos, sino porque además carece del contenido propio, mínimo, indisponible y necesario que, de acuerdo con los arts. 134.2 CE, 21.1 LOFCA y 44 EAPV y la legislación de la Comunidad Autónoma Vasca aplicable (Decretos Legislativos 1/1994 y 1/1997), así como de la doctrina reiterada de este Tribunal, debe contener dicha Ley.

En efecto, como hemos señalado, la Ley de presupuestos tiene una función específica y constitucionalmente definida: aprobar los presupuestos generales -en este caso, de una Comunidad Autónoma- para un ejercicio presupuestario que debe coincidir con el año natural, y, de este modo, fiscalizar el conjunto de la actividad financiera pública, aprobar o rechazar el programa político, económico y social del Gobierno que los presenta y, en fin, controlar que la asignación de los recursos públicos sea equitativa. Precisamente para que dicha función pueda ser realizada, al margen de un posible contenido eventual o disponible, la Ley de presupuestos tiene un contenido constitucionalmente determinado que se concreta en la previsión de ingresos y la autorización de gastos, debiendo esta última extenderse tanto al quantum como a su destino. Siendo aquélla la función y éste el contenido imprescindible que debe incluir, es evidente entonces que la Ley recurrida no puede ser la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002.

En primer lugar, es evidente porque no sólo no establece la previsión de los ingresos que se esperan obtener durante dicho ejercicio económico, sino que tampoco incluye la preceptiva autorización de la cuantía máxima del gasto que el Gobierno Vasco puede efectuar en el mismo; autorización ésta que, como hemos dicho, constituye la función básica de toda Ley de presupuestos. Pero también lo es, en segundo lugar, porque la Ley impugnada se limita a autorizar una serie de créditos presupuestarios de los previstos en el Proyecto de Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002 (en concreto, las Secciones autorizadas por el Parlamento son ocho sobre un total de veintiuna, y ascienden al 67,41 por 100 del gasto global presupuestado por el Gobierno Vasco), de manera que, frente a lo que es propio de una Ley de presupuestos, no recoge en un único documento la totalidad de los ingresos previstos y de los gastos autorizados. Por último, como afirman el Parlamento y el Gobierno Vascos, porque la verdadera Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma Vasca para el ejercicio 2002 es la Ley 4/1999, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 2000, prorrogada, primero para el ejercicio 2001, y después, para el ejercicio 2002, siendo la Ley 1/2002 impugnada una norma complementaria de los presupuestos prorrogados.

8. Queda claro que la Ley 1/2002, de 23 de enero, no puede ser -ni pretenden que lo sea sus defensores- la Ley de presupuestos para el ejercicio 2002. Partiendo de esta premisa, el Parlamento Vasco mantiene que la Ley impugnada es "una Ley con

contenido presupuestario" que "coexiste con la prórroga de los presupuestos anteriores a su entrada en vigor". Una Ley "cuya única virtualidad es una modulación o alteración de la prórroga para los créditos de gastos que en ella se contienen" y una norma que "ocupa una posición respecto de los Presupuestos Generales, subsidiaria y complementaria", y que "vendría a modificar el régimen de prórroga presupuestaria estableciendo determinadas autorizaciones de gasto específicas para ciertas secciones presupuestarias". En definitiva, a su juicio, "nos hallamos ante un doble régimen presupuestario pues, de una parte, se encuentran los créditos prorrogados, y de otra, los nuevos créditos incluidos en la Ley 1/2002". En el mismo sentido, el Gobierno Vasco, después de subrayar que se trata de "una Ley con contenido presupuestario que aprueba determinadas partidas de gasto y reglas para su ejecución", concluye que "la situación presupuestaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco durante el ejercicio 2002 es la de unos presupuestos prorrogados" y "dos leyes de contenido presupuestario que han modulado ésta" (las Leyes 1/2002, de 23 de enero, y 2/2002, de 21 de marzo, de medidas presupuestarias). Por lo demás, en opinión del Parlamento y el Gobierno Vascos, la existencia de este doble "régimen presupuestario" descrito sería posible porque no existe ninguna prohibición en el bloque de la constitucionalidad que lo impida.

Sin embargo, contrariamente a lo manifestado por el Parlamento y Gobierno Vascos, no es cierto que la Constitución y el bloque de la constitucionalidad permitan la aprobación de una Ley como la aquí impugnada. A este respecto, hay que partir de la premisa de que la Ley 1/2002 es el resultado del intento frustrado de aprobar la Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002. En este sentido, el Gobierno Vasco cumplió con su deber constitucional de solicitar del Parlamento la autorización de gastos y, al mismo tiempo, el control de la política económica y social para el año 2002, mediante la presentación de un Proyecto de Ley de presupuestos generales antes del día 1 de noviembre del ejercicio anterior al que van referidos (como exige el art. 6.4 del Decreto Legislativo vasco 1/1997).

Ahora bien, como hemos dicho, el resultado de esta tramitación no ha sido la aprobación por el Parlamento de la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2002, sino la de una Ley que incorpora a su contenido la aprobación, no sólo de un importante número de Secciones presupuestarias, sino también los presupuestos del ente público Radio Televisión Vasca y de sus sociedades de gestión (art. 1) y del ente público Servicio Vasco de Salud (art. 2), así como una serie de disposiciones relativas a diversas materias: la prestación de garantías y de reafianzamiento (art. 3), los créditos de personal (art. 4), las dotaciones de personal (art. 5), los créditos para gastos de funcionamiento (art. 6), los créditos para transferencias y subvenciones para operaciones corrientes y de capital (art. 7), la incorporación de créditos (art. 8), el incremento de retribuciones (art. 9), los créditos de haberes pasivos (art. 11), el módulo económico de sostenimiento de los centros educativos concertados (art. 12), y tasas (art. 13). Por lo que se refiere a las Secciones aprobadas, de un total de veintiuna presupuestadas por el Gobierno Vasco, que ascendían a un total de 5.931.930.000,00 €, se autorizan por el Parlamento Vasco los créditos previstos para ocho de ellas (02: Vicepresidencia; 04: Educación, Universidades e Investigación; 07: Vivienda y Asuntos Sociales; 08: Justicia, Empleo y Seguridad Social; 09: Sanidad; 51: Consejo de Relaciones Laborales; 52: Consejo Económico y Social; y 53: Consejo Superior de Cooperativas), ascendiendo el importe total autorizado a la cifra de 3.998.620.000,00 €, esto es, un 67,41 por 100 del gasto total propuesto para el ejercicio 2002.

Se trata, además, de una Ley de autorización de gasto que convive no sólo con la Ley 4/1999, de 29 de diciembre, es decir, con los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma correspondientes al ejercicio 2000, prorrogados, como hemos dicho, primeramente, para el ejercicio 2001 y luego también para el 2002, sino además con la Ley 2/2002, de 21 de marzo, de medidas presupuestarias, que incorpora "determinadas autorizaciones de gasto que complementan las dotaciones en régimen de prórroga y las aprobadas por la Ley 1/2002, de 23 de enero", según reza

su Exposición de Motivos. Y se trata, finalmente, de una Ley que no está formalmente publicada en su integridad, pues no incorpora a su texto la cuantía de las partidas definitivamente aprobadas (tampoco las incluye el proyecto de ley publicado en el "Boletín Oficial del Parlamento Vasco" núm. 21, de 20 de noviembre de 2001) y si contiene, por el contrario, la cuantía de las modificaciones de dichas partidas.

El resultado material al que conduce esta situación, como reconocen el Parlamento y Gobierno Vascos, es la existencia de una multiplicidad de leyes reguladoras de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002, siendo una de ellas la Ley 4/1999 de presupuestos generales, y las otras dos, las Leyes 1/2002 y 2/2002, que adoptan una serie de medidas presupuestarias que modifican radicalmente el régimen de prórroga. En efecto, la Ley 4/1999, prorrogada hasta el ejercicio 2002, contiene una autorización global de gasto que asciende a la suma total de 5.173.761.013,55 €. Esta autorización global, sin embargo, aumenta significativamente con la aprobación de las Leyes 1/2002 y 2/2002. Así, como se ha señalado, la Ley 1/2002 autoriza una nueva cuantía de gasto para ocho de las Secciones presupuestadas (con un total autorizado de 3.998.620.000,00 €), permaneciendo vigente, según afirman el Parlamento y el Gobierno Vascos, la prórroga respecto de las partidas no alteradas, es decir, el 32,59 por 100 restante (que asciende a unos 1.800 millones de euros). Así lo señala expresamente, además, la Exposición de Motivos de la Ley 2/2002, de 21 de marzo, de medidas presupuestarias, que, como se ha dicho, "tiene por objeto la concesión de determinadas autorizaciones de gasto que complementan las dotaciones en régimen de prórroga y las aprobadas por la Ley 1/2002, de 23 de enero". Finalmente, la misma Ley 2/2002, de 21 de marzo, aprueba en sus arts. 1 y 2 una serie de créditos adicionales de pago y de compromiso destinados a financiar el gasto corriente de determinadas instituciones como, por ejemplo, el Parlamento Vasco y el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (en cuantía de 41.718.773 € y de 4.920.000 €, respectivamente), así como a financiar concretas inversiones y operaciones financieras (en cuantía de 104.041.500 € y de 388.360.000 €, respectivamente).

9. De todo lo anterior se deduce que la Ley 1/2002, de 23 de enero, al incidir sobre la realidad de prórroga presupuestaria, es contraria a la Constitución y a las normas que integran el bloque de la constitucionalidad (arts. 21 LOFCA y 44 EAPV), concretamente, a los principios de unidad y universalidad presupuestaria recogidos en los arts. 134 CE, 21 LOFCA y 44 EAPV.

En efecto, como hemos señalado, mediante la aprobación anual de la Ley de presupuestos las Cortes Generales y las Asambleas autonómicas autorizan el gasto máximo a realizar y el destino del mismo durante un ejercicio determinado, ejerciendo, de este modo, una función definida en la Constitución (arts. 66.2 y 134.1) y, para la Comunidad Autónoma Vasca, en su Estatuto de Autonomía (arts. 25.1 y 44): la de fiscalizar la actividad financiera pública, aprobar o rechazar el programa político social y económico del Gobierno, así como controlar que los recursos públicos que se prevé recaudar se asignen equitativamente. Como también hemos señalado, el ejercicio eficaz de esta específica función reclama (así lo disponen los arts. 134.2 CE, 21.1 LOFCA y 44 EAPV) que la previsión de ingresos y las habilitaciones de gastos se contengan en una única norma, la Ley de presupuestos generales, norma que, aunque tiene un plazo de caducidad de un año, puede no obstante ser objeto de prórroga mientras se aprueban los nuevos Presupuestos (arts. 134.4 CE, 21.2 LOFCA y 44 EAPV). Obviamente, las previsiones contenidas en dicha Ley puede ser objeto de alteración durante su vigencia (art. 134.5 CE), pero, como hemos señalado en el fundamento jurídico 5, por la propia naturaleza y función que cumple, siempre debe tratarse de modificaciones puntuales y únicamente por circunstancias sobrevenidas que exijan la realización de un gasto inaplazable.

Dicho de otro modo, la Constitución y las normas que integran el bloque de la constitucionalidad establecen una reserva material de la Ley de presupuestos -la

previsión de ingresos y autorizaciones de gastos para un año-, reserva que, aun cuando no excluye que otras normas con contenido presupuestario alteren la cuantía y destino del gasto público autorizados en dicha Ley, sí impide una modificación de la misma que no obedezca a circunstancias excepcionales. De la misma manera, la Constitución y las normas que integran el bloque de la constitucionalidad prevén la prórroga de los presupuestos de un ejercicio como un mecanismo excepcional para aquellos casos en los que, iniciado un nuevo ejercicio presupuestario, no se hubiese logrado aprobar la Ley de presupuestos correspondiente al mismo. Prórroga que supone, en consecuencia, la extensión de la vigencia de los presupuestos anteriores y que limita en el tiempo "hasta la aprobación de los nuevos".

Pues bien, la situación descrita en el fundamento jurídico anterior no es compatible ni con el Estatuto de Autonomía del País Vasco, ni con la Constitución. En efecto, la regulación parcial por la Ley 1/2002 de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002 produce una fragmentación de la institución presupuestaria que es contraria a los principios de unidad y universalidad presupuestaria, esto es, a la exigencia de que el presupuesto se contenga en un único documento que incluya la totalidad de los ingresos y gastos del sector público. Así es, como hemos dicho, los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2002, frente a lo que exigen la Constitución y las normas que integran el bloque de la constitucionalidad, se encuentran recogidos en más de una norma de contenido presupuestario. En primer lugar, en la Ley 1/2002 impugnada, norma que, como hemos señalado, aprueba ocho de las veintiuna Secciones contenidas en el estado de gastos del proyecto de Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma Vasca para el ejercicio 2002 -lo que representa el 67,41 por 100 del gasto total propuesto para dicho ejercicio-, además de otras disposiciones de contenido presupuestario entre las que hay que resaltar los presupuestos de dos entes públicos tan importantes como la Radio Televisión Vasca y el Servicio Vasco de Salud. En segundo lugar, en la Ley 4/1999, de presupuestos generales, prorrogada para el año 2002, que, conforme mantienen el Parlamento y el Gobierno Vascos, vendría a recoger la autorización de crédito para las Secciones del Proyecto de Ley de presupuestos para el 2002 que no fueron objeto de aprobación por el Parlamento (el 32,59 por 100 de los gastos en principio propuestos). Además de las anteriores, cabría también citar la Ley 2/2002, de medidas presupuestarias, norma que, sin embargo, como advierte el Abogado del Estado, no constituye el objeto del presente proceso constitucional, pero a la que necesariamente hemos de referirnos.

Es evidente, entonces, que este fraccionamiento presupuestario a que ha conducido la Ley 1/2002 es contrario a las exigencias de unidad y universalidad de la institución presupuestaria, impidiendo de este modo que el Parlamento Vasco cumpla con su función constitucional de aprobar los gastos públicos y de realizar una efectiva labor de control de la actividad financiera de la Administración pública vasca y del programa político, social y económico de su Gobierno.

Por otro lado, la regulación por la Ley 1/2002 de una parte importante de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002 ha supuesto en la práctica la alteración sustancial de los presupuestos vigentes durante el ejercicio -esto es, los contenidos en la Ley 4/1999-, alteración que, unida a la prórroga parcial de la Ley 4/1999 y a las previsiones de la Ley 2/2002, no sólo rebasa con creces la autorización máxima de gasto prevista para ese ejercicio, sino que, a la luz de la doctrina expuesta en el fundamento jurídico 5, carece de justificación ni en el art. 134.5 CE ni en ninguno de los preceptos autonómicos que regulan la institución presupuestaria vasca, pues, lejos de obedecer a la existencia de circunstancias sobrevenidas que exijan un aumento inaplazable de los créditos recogidos en la Ley de presupuestos [esto es, las circunstancias que, para la Comunidad Autónoma Vasca se recogen en el art. 64 b) del Decreto Legislativo 1/1994, regulador del régimen presupuestario de Euskadi], y de arbitrar los medios pertinentes para financiar ese mayor gasto público que la modificación provoca (como exige el art. 94.1 del citado Decreto Legislativo), responde exclusivamente al rechazo

parcial por el Parlamento Vasco del proyecto de presupuestos generales para el 2002 presentado en su día por el Gobierno.

En efecto, aunque en otras situaciones de prórroga presupuestaria se han venido aprobando normas de adaptación de los créditos presupuestarios prorrogados, sin embargo, tales disposiciones respondían, bien a obligaciones previas contraídas (fundamentalmente en materia de retribuciones del sector público y de pensiones públicas), bien a operaciones financieras de avales, garantías y deuda pública. Así ocurrió con el Real Decreto-ley 24/1982, de 29 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que arbitraba una serie de autorizaciones relativas a operaciones financieras de avales o garantías y de deuda pública al objeto de hacer viable la actividad económico-financiera de los distintos entes públicos en el periodo de prórroga presupuestaria; con el Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, destinado a atender los compromisos en materia de retribuciones del sector público y de las pensiones públicas, y a adoptar medidas en relación con las operaciones financieras del Estado para garantizar la financiación de los créditos prorrogados; con el Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, de medidas presupuestarias urgentes, dictado como consecuencia del crecimiento del déficit público durante el primer semestre del año y destinado a actuar sobre los ingresos y gastos públicos con la finalidad de asegurar el cumplimiento de los objetivos del Programa de convergencia; con el Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, dirigido a la actualización de las retribuciones de los funcionarios públicos y las pensiones, en la situación de prórroga presupuestaria; con el Real Decreto-ley 1/1996, de 19 de enero, de concesión de créditos extraordinarios y suplementarios destinados a atender la actualización de retribuciones y otras obligaciones de personal activo, la financiación de la sanidad pública, el traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de universidades, la participación en los ingresos del Estado de las Comunidades Autónomas y corporaciones locales y determinadas actuaciones inversoras en la cuenca del Guadalquivir, durante la situación de prórroga presupuestaria; y, finalmente, con la propia Ley del Parlamento Vasco 2/1999, 25 de junio, de medidas complementarias en materia económica, presupuestaria y financiera para el ejercicio 1999, dictada para solventar problemas inaplazables relacionados con la situación de prórroga presupuestaria, como la actualización de las pensiones, de los componentes de los módulos de los conciertos educativos y del ingreso mínimo de inserción, etc.

Por último, la Ley 1/2002, en la medida en que ha aprobado parte de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002, ha provocado que los presupuestos contenidos en la Ley prorrogada se apliquen sólo parcialmente. Ello resulta contrario a la configuración constitucional del mecanismo de la prórroga, y es que, como hemos señalado, cuando por la falta de aprobación de la Ley de presupuestos antes del primer día del ejercicio correspondiente se prorrogan los del ejercicio anterior, dicha prórroga debe realizarse en bloque (a la espera de que se aprueben los nuevos presupuestos en el plazo más breve posible), sin perjuicio de las modulaciones o modificaciones que fuere preciso llevar a cabo, sin que, en ningún caso, pueda prorrogarse solo alguna de sus Secciones, tal y como ha sucedido en el presente supuesto. No es posible, desde el punto de vista constitucional, que en una situación de prórroga presupuestaria se apruebe una Ley que, no siendo la de los presupuestos generales para un ejercicio dado, produzca el cese total o parcial de las autorizaciones de gasto prorrogadas. Hemos de insistir una vez más en que, si como acabamos de decir la prórroga de los presupuestos opera en bloque, es evidente que durante el ejercicio 2002 la cuantía máxima del crédito autorizado era la prevista en la Ley 4/1999 de presupuestos generales prorrogada, es decir, la de 5.173.761.013,55 €. No cabe, pues, que, de un lado, la suma de los créditos presupuestarios autorizados para el ejercicio 2002 en la Comunidad Autónoma Vasca como consecuencia de las previsiones contenidas en las Leyes 1/2002, 4/1999 y 2/2002, supere el límite máximo del gasto autorizado para ese ejercicio, ni, de otro lado, que la Ley 1/2002

coexista con unos presupuestos prorrogados (los contenidos en la Ley 4/1999), sustituyéndolos en parte.

10. La situación descrita en el fundamento anterior conduce también a entender vulnerado el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), esencialmente, por dos razones.

De un lado, y como hemos dicho en reiteradas ocasiones, porque el principio de seguridad jurídica constitucionalmente garantizado exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de presupuestos generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE; SSTC 65/1990, de 5 de abril, FJ 3; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4; 116/1994, de 18 de abril, FJ 8; 178/1994, de 16 de junio, FJ 5; 195/1994, de 26 de julio, FJ 2; 61/1997, de 20 de marzo, FJ 2; 174/1998, de 23 de julio, FJ 6; 203/1998, de 15 de octubre, FJ 3; 130/1999, de 1 de julio, FJ 8; 131/1999, de 1 de julio, FJ 2; 234/1999, de 16 de diciembre, FJ 5; 32/2000, de 3 de febrero, FJ 5, y 174/2000, de 15 de noviembre FJ 4). Por ello, es evidente que dicho principio resulta vulnerado cuando una norma, como la Ley 1/2002, que no es la de los presupuestos generales a la que aluden los arts. 134.2 CE, 21.1 LOFCA y 44 EAPV, recoge el grueso del contenido que la Constitución y el bloque de la constitucionalidad reservan a la Ley de presupuestos (esto es, la autorización de los gastos y el destino de los mismos para un determinado ejercicio económico).

De otro lado, y como ya hemos señalado, porque la norma impugnada no está formalmente publicada en su integridad, lo que también supone la vulneración del art. 9.3 CE. En efecto, aun cuando la Ley 1/2002 acompaña un "Anexo referido al estado de gastos" donde enumera ocho Secciones relativas "al estado de gastos del proyecto de ley por la que se aprueban los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2002" que aprobó el Pleno del Parlamento Vasco, sin embargo, no incorpora a su texto la cuantía de las mismas. Esta situación es contraria al principio de seguridad jurídica y también al de publicidad, como elemento inherente en aquélla (por todas, SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 7; y 235/2000, de 5 de octubre FJ 8). Principio éste básico del Ordenamiento jurídico que implica la exigencia de que las normas sean dadas a conocer públicamente mediante su inclusión en los boletines oficiales correspondientes.

En este sentido, hemos dicho que "esta garantía aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de Derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo art. 9.3 CE pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que de fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento" (STC 179/1989, de 2 de noviembre, FJ 3). Esta garantía de publicidad aparece reflejada en la Constitución en varios de sus preceptos (así, por ejemplo, en los arts. 91 y 96) y también en los Estatutos de Autonomía y, concretamente, en lo que aquí interesa, en el apartado 5 del art. 27 EAPV, que exige la publicación de las leyes del Parlamento Vasco tanto en el "Boletín Oficial del País Vasco" como en el "Boletín Oficial del Estado".

En definitiva, por las razones expuestas, la Ley 1/2002 vulnera el art. 9.3 CE. Y no sana este vicio -frente a lo que mantienen las representaciones procesales del Parlamento y del Gobierno Vasco- el hecho de que los aplicadores de la Ley impugnada se encuentran restringidos al Gobierno Vasco, que es quien debe aplicarla, y al propio Parlamento, que es quien la aprueba y a quien corresponde la función de control de la acción del Gobierno, porque la Ley 1/2002, como toda disposición de

carácter general (incluidas las normas presupuestarias), va dirigida a los ciudadanos, siendo éstos quienes deben alcanzar el conocimiento de su contenido.

11. Declarada la inconstitucionalidad de la citada norma legal por regular una materia que le está constitucionalmente vedada por los artículos de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad citados, no es necesario pronunciarse expresamente sobre el resto de las vulneraciones que también aduce el Abogado del Estado. Por todo lo expuesto, procede declarar que la Ley 1/2001, de 23 de enero, es contraria a los arts. 9.3 y 134 CE, 21 LOFCA y 44 EAPV y, por tanto, inconstitucional y nula.

Ahora bien, dado que la Ley declarada inconstitucional contiene fundamentalmente autorizaciones de gasto para hacer frente a las obligaciones jurídicas contraídas por la Administración durante un ejercicio presupuestario ya finalizado, es preciso modular el alcance de esa declaración para atender adecuadamente a otros valores con trascendencia constitucional, como los derechos de los terceros de buena fe que mantienen relaciones económicas con la Administración, que se verían gravemente comprometidos por la desaparición de esas autorizaciones de gasto en que han de basar sus créditos. Por este motivo deben declararse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos no sólo aquellas situaciones decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 1/2002, de 23 de enero, y, en consecuencia, declararla inconstitucional y nula.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a dieciséis de enero de dos mil tres.

Voto particular que formulan los Magistrados Excmos. Sres. don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde y doña Elisa Pérez Vera, a la Sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2872-2002.

Coincidimos con la mayoría en la inconstitucionalidad de buena parte de los preceptos de la Ley 1/2002, de 23 de enero, del Parlamento Vasco; pero, junto a esa coincidencia sustancial, debemos expresar nuestro respetuoso disenso tanto con la metodología utilizada como con la fundamentación de la Sentencia y con el alcance de la decisión en la medida en que entiende que todos y cada uno de los preceptos de dicha Ley son contrarios a la Constitución.

1. En primer lugar, en el plano metodológico nuestro disenso se centra, ante todo, en que, como dijimos ya en la STC 11/1981, "el recurso de inconstitucionalidad no lo establecen la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal como una impugnación dirigida contra un bloque o una parte del sistema normativo o del ordenamiento jurídico, de suerte que para decidir la legitimidad constitucional haya que enjuiciar los criterios de aplicación del Derecho. La función del recurso es más modesta pero más clara. Se trata de enjuiciar, exclusivamente, los textos legales y las fórmulas legislativas que no se encuentren expresamente derogados" (FJ 4). Ese enjuiciamiento particularizado -que la decisión de la mayoría evita- es lo que caracteriza a la jurisdicción constitucional frente a las fórmulas políticas de defensa de la Constitución. Por eso, aunque el resultado de la aplicación de la opinión mayoritaria y el de la nuestra tengan efectos prácticos equiparables, dado cuanto se dispone en el último fundamento de la Sentencia de la que disentimos, la expresión de nuestra disidencia es de singular importancia porque afecta al modo genérico de actuar de esta jurisdicción constitucional.

Por otra parte, todavía en el mismo plano, la Sentencia mayoritaria parte de que la vinculación de la institución presupuestaria al parlamentarismo y a las democracias parlamentarias constituye la "conexión esencial" que califica de "clave para la resolución de este recurso de inconstitucionalidad" (FJ 3). Pero no podemos compartir que tal sea la razón de decidir ni tampoco que la larga serie de consideraciones y alusiones que a este respecto la Sentencia desarrolla innecesariamente sean aplicables a este caso, en el que, precisamente, el Parlamento Vasco ha ejercido el control de la actividad financiera pública que le corresponde al rechazar los presupuestos presentados por el Gobierno Vasco para el año 2002, siendo la impugnada una Ley del Parlamento Vasco aprobada en la situación de prórroga automática de la Ley de presupuestos 4/1999 para el ejercicio de 2002.

La Sentencia afirma que "el Gobierno vasco cumplió con su deber constitucional de solicitar del Parlamento la autorización de gastos y, al mismo tiempo, el control de la política económica y social para el año 2002, mediante la presentación de un Proyecto de Ley de presupuestos generales antes del día 1 de noviembre del ejercicio anterior al que van referidos (como exige el art. 6.4 del Decreto Legislativo 1/1997)" (FJ 8). También reconoce la Sentencia que la Ley impugnada 1/2001 es una Ley aprobada por el Parlamento Vasco que no es la de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el año 2002, sino "el resultado del intento frustrado de aprobar" esta última (FFJJ 7 y 8). Pero en lugar de responder a la alegación del Abogado del Estado sobre sus eventuales vicios procedimentales y de realizar el análisis jurídico constitucional de sus preceptos a partir de las determinaciones de la Constitución y de las disposiciones del bloque de la constitucionalidad sobre la situación de prórroga presupuestaria y la capacidad de los Parlamentos -o, en su caso, de los Gobiernos- de actuar sobre la misma alcanza conclusiones de todo punto ajenas al supuesto que nos corresponde enjuiciar forzadas por aquel punto de partida general que destaca la conexión esencial entre los presupuestos y la democracia parlamentaria que los hechos aquí no han negado. Así afirma contradictoriamente con ese punto de partida que la Ley del Parlamento Vasco impugnada ha impedido que el propio "Parlamento Vasco cumpla con su función constitucional de aprobar los gastos públicos y de realizar una efectiva labor de control de la actividad financiera de la Administración pública vasca y del programa político social y económico de su Gobierno" (FJ 9).

En este mismo orden de consideraciones, finalmente, la Sentencia tampoco aclara la importante cuestión de la existencia o inexistencia en la Constitución de una reserva material de Ley de presupuestos, que afirma en su FJ 9 y también en su FJ 11 (o, al menos, así podría entenderse dada la oscuridad con que se expresa) tras haber dicho previamente, en su FJ 4, que lo que realmente existe en la Constitución es un contenido constitucionalmente definido de la Ley de presupuestos, noción, esta última, correcta; pero radicalmente distinta de aquella otra.

2. En cuanto a la fundamentación de la Sentencia de la que disentimos, sin entrar en otras consideraciones que también serían pertinentes, entendemos que el núcleo del problema que plantea la Ley 1/2002 no reside prima facie, como la Sentencia entiende, en que vulnera los principios de unidad y de universalidad del art. 134.2 CE. Tal afirmación, que podría mantenerse como conclusión respecto de la situación presupuestaria generada en la Comunidad Autónoma a raíz de la adopción de la Ley impugnada, no puede sostenerse como punto de partida en relación con un texto que no es la Ley de presupuestos generales, como se reconoce expresamente en el FJ 7 de la Sentencia mayoritaria, aunque incurriendo en contradicción al aplicar directamente un principio relativo a la Ley de presupuestos a una que no es tal.

Es esta circunstancia la que exige que nuestro análisis haya de tomar como punto de partida el régimen de prórroga de los presupuestos generales de Euskadi para el ejercicio de 2002; una prórroga automática producida, con causa en el art. 134.4 CE, por exigencias del art. 21.2 LOFCA y por la propia normativa del Parlamento Vasco, a la que remite el art. 44 de su Estatuto, a saber: arts. 127 al 134 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre régimen presupuestario de Euskadi.

A nuestro entender, el núcleo de la vulneración constitucional radica en asignar a determinados preceptos de la Ley vasca 1/2002 una específica función, cual es (como la posterior Ley 2/2002 viene a reconocer en su Exposición de Motivos) la de modular el régimen de prórroga mediante la aprobación de un importante número de secciones presupuestarias y de los presupuestos de dos entes públicos: EITB y Osakidetza, amén de otras "disposiciones complementarias" a las que después aludiremos con detalle.

Esta llamada modulación, introducida por la Ley impugnada en el régimen de prórroga presupuestaria para el ejercicio de 2002, ha dado como resultado lo que la propia Comunidad Autónoma Vasca denomina un "doble régimen presupuestario", tal como viene explícitamente a admitir la disposición adicional única de la referida Ley 2/2002, a cuyo tenor: "Las autorizaciones y créditos prorrogados al inicio del ejercicio 2002 se sujetarán al régimen de prórroga establecido por el Título IX del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes sobre Régimen Presupuestario de Euskadi, aprobado por Decreto Legislativo 1/1994, de 27 de septiembre, sin perjuicio de las autorizaciones contenidas en la Ley 1/2002, de 23 de enero, y en la presente ley".

Es decir, los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2002 no son los presupuestos prorrogados procedentes del ejercicio económico anterior (en su día aprobados por el Parlamento Vasco mediante la Ley 4/1999), sino una parte de éstos, más determinados créditos para gastos (secciones presupuestarias) autorizados por la Ley impugnada 1/2002, más -de otro lado- las nuevas autorizaciones de créditos, en su doble modalidad de créditos adicionales de pago y créditos adicionales de compromiso, contenidas en la Ley 2/2002, no impugnada en este proceso constitucional.

3. De este modo, lo que la Ley 1/2002, de 23 de enero, vulnera directamente es el propio régimen de la prórroga presupuestaria, mecanismo excepcional que solo debe ser sustituido o temporalmente sucedido por unos nuevos presupuestos generales aprobados mediante la correspondiente Ley del Parlamento Vasco. Esta conclusión

tiene directa apoyatura en el principio de la institución presupuestaria recogido en el art. 134.4 CE, según el cual "se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos", o en la concreción o especificación del art. 56.1 LGP "hasta la aprobación y publicación de los nuevos en el Boletín Oficial del Estado". Por consiguiente, no se trata tanto (aunque también) de que la Ley 1/2002 no se acomode a los principios de unidad y de universalidad que presiden o rigen la institución presupuestaria -puesto que dicha ley, insistimos, no aprueba, en rigor, unos nuevos presupuestos generales para la Comunidad Vasca a los que les serían exigibles tales principios-, cuanto de que la prórroga ha sido parcialmente extinguida por una Ley que la desnaturaliza al mantenerla subsistente sólo en una determinada parte (las secciones presupuestarias o autorizaciones de créditos para gastos que no se innovan por dicha ley), y al sustituirla, parcialmente también, por nuevas autorizaciones de gasto, por los presupuestos de dos entes públicos y, en fin, por un límite máximo de prestación de garantías para el ejercicio prorrogado del 2002.

Pues bien, este doble régimen presupuestario vulnera el art. 134.4 de la Constitución de modo directo o frontal, en cuanto se asigna una función materialmente presupuestaria (aunque sea parcial) a una ley que no es aprobatoria de los presupuestos generales de todas las entidades integrantes de la Comunidad Autónoma Vasca, y también de modo reflejo atenta contra los referidos principios de unidad y universalidad. En efecto, la Ley en cuestión no comprende, como contenido propio, y tal como exige el art. 5.1 del Decreto Legislativo 1/1997 (texto refundido de la Ley de principios ordenadores de la hacienda general del País Vasco) "el conjunto integrado de decisiones que constituyen el programa directivo de la actividad económica a realizar por la Comunidad Autónoma de Euskadi en cada ejercicio económico o presupuestario".

En suma, entendemos que la Sentencia incurre en un enfoque erróneo puesto que debiera haber anclado su fundamentación primaria en el aludido núcleo y consiguiente vulneración del bloque de constitucionalidad en cuanto atañe a la situación de prórroga presupuestaria, y sólo de modo ulterior en la desatención a los principios presupuestarios de unidad y universalidad plasmados en el art. 134.2 CE y en el art. 21.1 LOFCA.

4. El tercer punto de discrepancia, atinente al alcance o extensión del fallo, se conecta directamente con las razones metodológicas de nuestro disenso, antes expuestas, que nos conducen a apreciar, como omitido por la Sentencia, el análisis material o de contenido de los diversos preceptos que se albergan en la Ley vasca impugnada.

En efecto, el fallo declara inconstitucional y nula en su integridad la Ley del Parlamento Vasco 1/2002, de 23 de enero, sin discernir en su contenido, tal como propusimos, por desgracia sin éxito, en el debate del Pleno, preceptos de alcance diverso a los específicamente presupuestarios antes aludidos, y que a nuestro juicio no deben verse afectados por la declaración de inconstitucionalidad, con exclusión explícita de la misma, que en modo alguno queda suplida (y menos en los expresos términos en que se hace) con una modulación del alcance de la nulidad aparejada a la inconstitucionalidad. Así, que la inconstitucionalidad de la que adolece la Ley impugnada no afecta a todos sus preceptos se pone de manifiesto ejemplarmente en el art. 10 de la misma. Dicho precepto es, ante todo, una norma procedimental, relativa a la firma de los convenios colectivos que, por no incidir sobre el contenido necesario de la Ley de presupuestos, no puede devenir inconstitucional por contradecir las consecuencias jurídicas de una prórroga presupuestaria, constitucionalmente prevista, o los principios de unidad y universalidad de los presupuestos.

De nuevo la posterior Ley 2/2002 que, con independencia de su no impugnación ante este Tribunal, puede servirnos de pauta de lo que el Parlamento Vasco tuvo como

designio al aprobar la Ley 1/2002, viene a poner de relieve en su Exposición de Motivos, párrafo 2 que, junto al propio o estricto ámbito de carácter presupuestario (autorizaciones de créditos para gastos correspondientes a ocho secciones presupuestarias, aprobación de dotaciones presupuestarias de los entes públicos Radio Televisión Vasca y sus sociedades públicas de gestión, y del Servicio Vasco de Salud, así como el límite máximo de prestación de garantías o avales), la Ley impugnada extiende su objeto a la regulación de otras materias o "disposiciones complementarias" (según expresa dicción del mencionado Preámbulo) tales como las nuevas dotaciones de personal, el incremento de retribuciones y pensiones (en cumplimiento, además, de normativa básica del Estado), el aumento de la cuantía de la renta básica de inserción, los créditos susceptibles de ampliación o los módulos económicos de sostenimiento de los centros educativos concertados, a los que hemos de añadir los requisitos de tramitación para la firma de convenios colectivos, y la norma específica (disposición adicional novena) determinante de que la liquidación de los presupuestos generales autonómicos para el ejercicio de 2001 se expresará en euros.

Pues bien, la regulación concerniente a tales cuestiones, en cuanto queda al margen de los estados financieros de ingresos y de gastos de los diversos entes que conforman el sector público de la Comunidad Autónoma Vasca, no constituye propiamente la normación dirigida a extinguir parcialmente la prórroga de los presupuestos generales aprobados por la Ley 4/1999, que debieron extender su vigencia a los dos ejercicios siguientes de 2001 y 2002, sino que aborda materias que el Parlamento Vasco podía regular con independencia del alcance o extensión objetiva de la prórroga automática de los presupuestos generales, tal como resulta de la regulación contenida en el Título IX del Decreto Legislativo 1/1994 y concretamente de lo dispuesto en el art. 129 de esta norma para las retribuciones de personal. Ello es así en virtud de que el mecanismo excepcional de la prórroga presupuestaria puede coexistir, sin vulneración constitucional, con normas de adaptación de los créditos presupuestarios objeto de la prórroga automática, como viene a reconocer la Sentencia en su FJ 9, con cita de varios Reales Decretos-leyes dictados para atender compromisos en materia de retribuciones del sector público y de las pensiones públicas y para adoptar medidas en relación con determinadas operaciones financieras del Estado. Enumeración en la que figura también la propia Ley del Parlamento Vasco 2/1999, de 25 de junio, de medidas complementarias en materia económica, presupuestaria y financiera para el ejercicio 1999 dictada, dice expresamente la Sentencia, "para solventar problemas inaplazables relacionados con la situación de prórroga presupuestaria, como la actualización de las pensiones, de los componentes de los módulos de los conciertos educativos y del ingreso mínimo de inserción, etc.".

5. Siendo ello así, hemos de concluir, disintiendo -aunque solo parcialmente- del fallo de la Sentencia aprobada por la mayoría el Pleno, porque la inconstitucionalidad global que se declara, y que afecta a la Ley impugnada como un todo único (a pesar de que, como ya dijimos, no se enjuicia desde la perspectiva procedimental alegada por la Abogacía del

Estado, lo que hubiera permitido eventualmente cuestionar la totalidad de la Ley impugnada), no excluye determinados preceptos de la Ley 1/2002, y de manera más concreta, aunque no única, aquellos que no pertenecen, según hemos razonado, al contenido material necesario de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma Vasca. Tal es el caso, entre otros, del art. 9, sobre incremento de retribuciones del personal al servicio de la Administración autonómica, tanto en régimen funcional como en régimen laboral; del art. 10, regulador de los requisitos para la firma de los convenios colectivos; del art. 11, que prevé un incremento de los haberes pasivos; del art. 12, sobre módulo económico de los centros educativos concertados; de la disposición adicional segunda, acerca de la cuantía de la renta básica de inserción; y, en fin, de la disposición adicional novena, sobre liquidación de los presupuestos generales de 2001, en cuanto a su expresión en euros.

Por todo lo anterior entendemos que el fallo de la Sentencia de que disintimos debió, como exigía la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, constreñir el pronunciamiento de inconstitucionalidad a los preceptos de la Ley Vasca 1/2002 que estrictamente conciernen al ámbito material y necesariamente presupuestario antes aludido y que alteraron sustancialmente los presupuestos prorrogados, sin extenderlo indebidamente a la totalidad de la Ley autonómica impugnada.

Y para que conste, suscribimos este Voto en Madrid, a veintidós de enero de dos mil tres.

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003 de 30 de enero de 2003 TOLDOCS: 238526

Sala Segunda. Recurso de amparo 4184-2000. Promovido por don Mederico Serna Vergara frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó su demanda contra el Ministerio del Interior por responsabilidad patrimonial.

Comentario de Pablo Pérez Tremps.

- Esta sentencia analiza el contenido y alcance de los derechos a la **propia imagen y al honor**, concluyendo que, en este caso, la remisión a los medios de comunicación por parte de la policía de una fotografía del recurrente tomada el día de su detención ha lesionado los derechos citados.

TEXTO DE LA SENTENCIA

Preámbulo

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 4184-2000, promovido por don Mederico Serna Vergara, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Nuria Munar Serrano y asistido por el Letrado don Rafael Guerra González, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de mayo de 2000, que desestimó el recurso contencioso-administrativo núm. 655/98 interpuesto contra la desestimación presunta por el Ministerio del Interior de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado (expediente 324/97), como consecuencia de la difusión por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial tomada al demandante de amparo el día de su detención por su supuesta implicación en diligencias instruidas por

delitos de homicidio y lesiones. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 18 de julio de 2000, doña Nuria Munar Serrano, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Mederico Serna Vergara, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial a la que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. En la demanda de amparo se recoge la relación de antecedentes fácticos que, a continuación, sucintamente se extracta:

a) El día 20 de febrero de 1994 el demandante de amparo -don Mederico Serna Vergara-, en compañía de un hermano y de un amigo de éste, se vio involucrado en una pelea entre varias personas en una calle de Valladolid, como consecuencia de la cual una de ellas resultó muerta por el hermano del recurrente en amparo y otras dos heridas por su hermano y el amigo de éste.

b) A los pocos días, el 26 de febrero de 1994, el demandante de amparo se presentó en la Comisaría de Policía de Valladolid a contar lo que sabía de los hechos. En ese momento fue detenido y se le tomó para los archivos policiales una foto especial de cuerpo entero, de pie, delante de una pared blanca, con los brazos extendidos a lo largo del cuerpo.

Ese mismo día fue detenido el amigo de su hermano.

c) Al día siguiente, domingo 27 de febrero de 1994, los periódicos "El Norte de Castilla" y "El Mundo de Valladolid" publicaron con gran aparato tipográfico y expresivo la noticia de la detención y las fotografías entregadas por la policía ("El Mundo de Valladolid" las mostró en el centro de su primera plana; "El Norte de Castilla", bajo el siguiente rótulo a toda plana: "En prisión dos de los asesinos de Raúl"). También la agencia de noticias "EFE" vendió a sus clientes las fotografías. E, incluso, algunos de los antes citados periódicos siguieron publicándolas en ocasiones posteriores.

d) El hermano del demandante de amparo que se encontraba huido se presentó, motu proprio, unos meses después.

Celebrado el correspondiente juicio, el demandante de amparo fue absuelto de todos los cargos, siendo condenados su hermano y el amigo de éste.

e) Una vez finalizado el proceso penal, el ahora recurrente en amparo inició acciones contra "El Norte de Castilla" en defensa de su honor, intimidad personal y propia imagen, encontrándose el proceso en el momento de presentarse la demanda de amparo en trámite de recurso de casación.

f) Con ocasión del citado proceso contra "El Norte de Castilla", el demandante de amparo tuvo conocimiento de que la fotografía que le había sido tomada para los archivos policiales el día de su detención había sido entregada a los medios de comunicación por la propia policía, por lo que decidió presentar reclamación contra el Ministerio del Interior por daños a su honor, intimidad y propia imagen al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de mayo de 2000.

3. En cuanto a la fundamentación jurídica de la demanda de amparo, se invoca en ésta, frente a la mencionada Sentencia, la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE).

a) La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional declaró en su Sentencia que la entrega a los medios de comunicación de la fotografía tomada al demandante de amparo para los archivos policiales el día en que se produjo su detención, sin resolución previa del órgano administrativo o judicial competente y sin audiencia previa del interesado, no violó la reserva y el secreto de sus datos personales contenidos en esos archivos, pese a que tal reserva viene impuesta por el art. 37.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común -LPC-, por el art. 10, en relación con el art. 20, de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal -LORTAD-, y por el art. 5.5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, reguladora de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, de las policías de las Comunidades Autónomas y de las policías locales (sic). En consecuencia estimó que aquella actuación no había supuesto tampoco una intromisión en su derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

En concreto se afirma en la Sentencia que con la publicación de la fotografía del demandante de amparo "se perseguían varios resultados:

1) tranquilizar a la opinión pública en un hecho de grave conmoción social; 2) transmitir un mensaje de eficacia policial y 3) hacer saber al

huido que su cerco era más estrecho". Y para justificar que el demandante de amparo debió soportar esa actuación administrativa sin ningún tipo de resarcimiento, se concluye en la Sentencia que: "Aquí el proceder fue legítimo y justificado y el destinatario tenía razonablemente el deber de soportarlo porque también razonablemente y en aquel momento estaba situado en una posición que le era claramente desfavorable" (fundamento de Derecho cuarto).

b) El demandante de amparo deduce de la mencionada Sentencia que a la Sala nada le importó que no se hubiese escuchado al detenido, ni que el órgano competente no hubiese dictado resolución razonada antes de difundir la fotografía destinada a los archivos policiales (arts. 54 y 84 LPC). Tales requisitos, el de la audiencia previa y la resolución razonada de la autoridad competente no son ceremonias rituales, sino instituciones jurídicas de garantía, exigibles con más cuidado al estar implicado un derecho fundamental y cuya omisión afecta al mismo derecho. En el presente caso, la falta de resolución y de la audiencia del detenido agravó la lesión de su honor, de su intimidad personal y de su propia imagen, por cuanto fueron utilizados, y con ellos su titular, como objetos de los que cualquier funcionario puede disponer sin ninguna formalidad ni reserva. El honor del recurrente en amparo ha sido considerado, no como uno de los bienes más preciados del hombre, sino como algo trivial e insignificante.

Al no haber existido resolución previa, los motivos para justificar la difusión de la fotografía han sido hallados por la Sala -aunque, en cambio, no se da explicación sobre la falta de resolución y audiencia previas-, que supedita el honor, la intimidad personal y la propia imagen del demandante de amparo a la tranquilidad de la opinión pública, a la imagen de eficacia de la policía y a la oportunidad de amedrentar al huido. Objetivos muy respetables, pero sin el rango de derecho fundamental que aquéllos poseen y perfectamente alcanzables sin necesidad de tan alto sacrificio.

La opinión pública, como en otros muchos casos parecidos en los que intervienen personas sin relevancia especial -el demandante de amparo era un trabajador de la construcción, casado, con una hija pequeña, conocido únicamente en su círculo familiar y laboral, sin antecedentes penales, no perteneciente a ninguna banda armada, que tuvo la desgracia de verse involucrado en la luctuosa pelea a su pesar y que se mostró dispuesto a colaborar en el esclarecimiento de los hechos presentándose voluntariamente a declarar-, se habría tranquilizado con la sola nota de prensa en la que se ocultaba la identidad de los detenidos con las iniciales de sus nombres, sin necesidad de que la policía ofreciese su imagen a la curiosidad, a la difamación y escarnio públicos. En este sentido se afirma en la demanda que no es fácil entender por qué en la nota de prensa entregada a los medios de comunicación la policía ocultó respetuosamente la identidad de los detenidos con las iniciales de sus nombres y, al mismo tiempo, la

propia policía les entregó su fotografía, que es la máxima expresión de su identidad; y, además, una fotografía infamante por sí misma.

En cuanto al mensaje de eficacia policial como criterio que justificaría la difusión de la fotografía, la representación procesal del demandante de amparo señala que la policía ya goza de una imagen de eficacia sin necesidad de exhibir, a modo de trofeos, las figuras de las personas corrientes sin ninguna relevancia pública a las que detiene y que no siempre son culpables. La policía trasmite día a día un mensaje de eficacia, como los demás servicios del Estado, con su trabajo sacrificado y, a veces, muy peligroso, y la fama de tan digna institución no aumenta propagando la mala fama de nadie.

Respecto al argumento de hacer saber al huido que su cerco se estrechaba, se sostiene en la demanda que la Sala justifica haber instrumentalizado la destrucción del honor, la fama y la imagen de una persona para amedrentar y coaccionar a otra persona escapada de la justicia. Es decir, justifica infringir daño a un detenido para minar la voluntad de un huido. Siendo bueno el fin, sin embargo es malo el medio empleado, pues con sólo difundir la fotografía de la persona huida habría bastado para hacerle saber que la policía conocía quién era, que lo estaba buscando y que pedía la colaboración de los ciudadanos para localizarlo sin necesidad de dañar el honor de nadie más. Además no se entiende por qué la policía difunde la fotografía del recurrente en amparo cuando su publicación en los medios de comunicación mediatizaba el resultado de las posteriores ruedas de reconocimiento.

En relación con la exigencia al recurrente de soportar sin ningún tipo de resarcimiento que la policía publicase su fotografía sin una resolución previa del órgano competente y sin su audiencia, dado que en aquel momento se encontraba en una posición que era claramente desfavorable, en la demanda de amparo se admite que es cierto que cuando se presentó en comisaría a declarar y fue detenido se encontraba en una situación muy desfavorable, ya que, aun cuando afirmó su inocencia, las circunstancias le acusaban y parecía culpable sin serlo. En un caso así lo esperable hubiera sido que la policía hubiese aminorado en lo posible lo desfavorable de esa situación, y no que contribuyese a aumentarla, entregando, sin ningún tipo de formalidad, su imagen a la vergüenza pública. Un detenido, se afirma al respecto en la demanda, está, no sólo bajo la vigilancia policial, sino también bajo su cuidado, y precisamente porque su situación era muy desfavorable, se le debía proteger, si era preciso, en lugar de contribuir a aumentar su daño.

Concluye el escrito de demanda suplicando de este Tribunal que, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional,

de 5 de mayo de 2000, ordenado reponer las actuaciones al momento procesal oportuno para que sea acordada la indemnización que proceda.

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 28 de junio de 2001, acordó admitir a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir sendas comunicaciones al Ministerio del Interior y a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitieran, respectivamente, certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al expediente administrativo núm. 324/97 y al recurso contencioso-administrativo núm. 655/98, debiendo previamente emplazar el mencionado órgano judicial a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desearan, en el presente proceso de amparo.

5. Mediante escrito registrado en fecha 3 de julio de 2001 el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, se personó en el proceso de amparo.

Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 4 de septiembre de 2001, se tuvo por personado y parte al Abogado del Estado en la representación que ostenta, y se acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, dar traslado de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, al objeto de que formularan las alegaciones que tuviesen por conveniente.

6. El Abogado del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el día 19 de septiembre de 2001, que en lo sustancial a continuación se resume:

a) Comienza por precisar el objeto del presente recurso de amparo, al apreciar en la demanda una evidente confusión, pues ésta se dirige formalmente contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, cuando en realidad la supuesta vulneración que se invoca del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen no se deriva directamente de dicha resolución judicial, sino de la previa actuación administrativa, siendo la única virtualidad de aquella Sentencia la de agotar la vía jurisdiccional previa (arts. 53.2 CE y 43.1 LOTC). Se trata, por lo tanto, de un recurso de amparo que ha de entenderse promovido, no por la vía del art. 44 LOTC, sino de su art. 43.

A lo anterior ha de unirse la circunstancia de que no se pide la declaración de nulidad del acto al que se ha de vincular la vulneración del derecho fundamental invocado, ni la adopción de medida alguna

tendente a su resarcimiento, como podría ser una nota de rectificación de la policía, sino que, según resulta del suplico del escrito de demanda, lo único que parece pretenderse es que este Tribunal, previa anulación de la Sentencia de la Audiencia Nacional, reconozca el derecho del recurrente al percibo de una indemnización. Sin embargo esta última pretensión excede de las posibilidades del proceso constitucional y, a lo sumo, lo único que se le podría reconocer al demandante de amparo es la existencia de una vulneración de su derecho al honor a modo de título, fundamento (STC 33/1997) o presupuesto (STC 99/1999) para el ulterior ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración.

b) En cuanto a la cuestión de fondo suscitada, el Abogado del Estado entiende que la misma se contrae a una supuesta vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen del recurrente por la difusión por la prensa de una fotografía que le vinculaba a la comisión de un acto delictivo. Es decir, desde una perspectiva constitucional, el tema planteado se circunscribe a resolver el conflicto entre los derechos invocados, reconocidos en el art. 18.1 CE, y el derecho a la información, proclamado en el art. 20.1.d CE. No se encuentra en juego, aunque el demandante de amparo parece referirse a él en algunas ocasiones, el art. 18.4 CE, en cuanto no se ha producido en este caso violación del honor como consecuencia de la difusión de datos contenidos en ficheros automatizados. También resultan ajenas al objeto del recurso, en el que en ningún momento se invoca el art. 24 CE, supuestas violaciones de normas procedimentales que hayan podido tener lugar durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial o con anterioridad a éste, a pesar de que en la demanda de amparo se hacen algunas alusiones a las mismas.

Pues bien, centrado el debate en los términos expuestos, el Abogado del Estado aclara también que la ponderación del conflicto entre los derechos fundamentales se ha de referir en este caso al contenido de la nota de prensa difundida por la policía, resultando irrelevante el contenido de los artículos que se publicaron en la prensa a partir de la información facilitada por la correspondiente Comisaría, pues, en la medida en que los medios de comunicación se hayan excedido de la mera transcripción de la información recibida por el Ministerio del Interior, su supuesta incidencia sobre el honor y la imagen del recurrente en amparo no puede ser imputada a la Administración, sino sólo a los titulares de dichos medios sobre cuya actuación la fuente de información carece de control alguno. Conclusión ésta que resulta de la propia lógica jurídica y que subyace de hecho en la doctrina constitucional sobre el reportaje neutral (SSTC 41/1994, 134/1999, 136/1999).

Hasta tal punto es evidente que la responsabilidad del Ministerio del Interior se circunscribe al contenido de la nota de prensa facilitada y no se hace extensiva al de las noticias periodísticas publicadas a partir de

aquella, que el propio demandante de amparo, comprendiendo que se trata de actuaciones distintas, formuló demanda de protección de su honor frente a los titulares de los correspondientes periódicos, la cual, según precisa en su escrito de demanda de amparo, se encuentra actualmente pendiente de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

c) Para determinar si en este caso ha existido o no vulneración del art. 18.1 CE, el Abogado del Estado considera que ha de partirse de la doctrina constitucional relativa a la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho al honor siempre y cuando la información transmitida sea veraz y se refiera a asuntos de interés general (SSTC 171/1990, 219/1992, 200/1998, 112/2000). Pues bien, con base en la mencionada jurisprudencia constitucional, entiende que basta con acudir a la nota difundida por la policía para constatar que ésta habla siempre de "presuntos autores del homicidio" y, aparte de la edad y el nombre propio, no facilita ningún otro dato del recurrente, cuyos apellidos se sustituyen por iniciales. Tal nota, a la que se acompañó la fotografía de los detenidos, tenía además, y así resulta confirmado por otros documentos igualmente unidos a los autos, una clara finalidad de difusión de la información disponible a fin de lograr la colaboración ciudadana en la identificación y detención del tercer implicado en los hechos que, en ese momento, se encontraba huido de la Justicia.

No parece posible dudar, y además ni siquiera se discute por el demandante de amparo, sobre la veracidad de la información contenida en la nota de prensa difundida por la policía. En ningún momento se niega la detención del recurrente, ni su presencia en el lugar de los hechos, ni su condición, en aquel momento, de presunto coautor, por lo demás perfectamente verosímil. Además la trascendencia pública de la información difundida parece innegable si se tiene en cuenta la gravedad de la reyerta, en la que falleció uno de los jóvenes agredidos y fueron heridos los otros dos, por lo que resultó gravemente comprometida la seguridad pública.

En consecuencia el Abogado del Estado entiende que existió una proporcionalidad suficiente entre la lesión del honor del recurrente, que podría producirse al facilitar su fotografía y publicar su presunta intervención en la reyerta, y el derecho de la sociedad en general a ser informada del resultado de la actividad policial en relación con un delito de especial gravedad susceptible de generar la consiguiente alarma social y cuyo total esclarecimiento precisaba la colaboración ciudadana. En definitiva, no aprecia la denunciada vulneración del derecho al honor del recurrente que pudiera haberse derivado de la actuación policial.

d) En cuanto a la supuesta vulneración del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), el Abogado del Estado considera que este derecho cede ante el derecho recogido en el art. 20.1.d CE en los mismos términos y

condiciones que el derecho al honor, por lo que estima de aplicación la argumentación antes expuesta en relación con la denunciada vulneración del derecho al honor. En definitiva, como se declaró en la STC 99/1994: "En este contexto, la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél" (FJ 5).

Concluye su escrito de alegaciones solicitando de este Tribunal que dicte Sentencia desestimatoria del recurso de amparo.

7. La representación procesal del demandante de amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el día 28 de septiembre de 2001, que en lo sustancial a continuación se resume:

a) Tras señalar que el hecho determinante de la intromisión en el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen del demandante de amparo fue la entrega por parte del Jefe Superior de Policía de Castilla y León a los medios de comunicación el día 26 de febrero de 1994 de la fotografía que ese mismo día se le había tomado con destino a su ficha policial cuando fue detenido, la representación procesal del recurrente sostiene que la toma de fotografía a un detenido en dependencias policiales no es un espectáculo o un acto público, y representa a una persona en un momento importantísimo de su vida, no siendo dicha imagen, que no trasluce lo mejor de su persona, la deseada por el fotografiado. Al haberse propiciado en este caso su difusión se rompió la privacidad de esa imagen y se le arrancó al demandante de amparo de su pequeño círculo vital -familia, amigos y trabajo-, para lanzarlo forzosamente a un ámbito mucho más amplio, nacional e, incluso, internacional, a través de la agencia "EFE" y vinculándolo a hechos desmerecedores de su prestigio y honor. La única imagen relevante que el mundo y la posteridad retendrán de él, conservada en las hemerotecas, de donde cualquiera podrá tomarla y publicarla de nuevo, será la vergonzante imagen de implicado en un homicidio, con camisa de cuadros, los brazos caídos a lo largo del cuerpo, de pie delante de una pared.

b) En la demanda del recurso contencioso-administrativo se denunció expresamente que la decisión administrativa había sido adoptada por órgano manifiestamente incompetente, sin motivación, sin serle notificada al interesado y sin la preceptiva expresión escrita (arts. 53 a 55 y 84 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), y, por lo tanto, resulta nula de pleno Derecho (art. 62 LPC).

La Audiencia Nacional no aludió en su Sentencia a ninguno de estos vicios denunciados y, en consecuencia, no se pronunció expresamente sobre cuestiones decisivas para la resolución de la litis, pudiendo

suponer dicha falta de pronunciamiento una posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la medida en que implica el derecho a obtener resoluciones judiciales que decidan todas la cuestiones sustanciales planteadas en el proceso por las partes.

Tales vicios vuelven a invocarse ante este Tribunal, a pesar de referirse a cuestiones de legalidad ordinaria, porque la actuación administrativa viciada afecta a un derecho fundamental y la existencia misma de aquellos vicios implica un grado más de desprecio del honor, la intimidad y la imagen del solicitante de amparo. Cabe suponer que la Ley exige a las Administraciones públicas unos requisitos en la toma de sus decisiones para proteger a los ciudadanos frente a eventuales arbitrariedades del Poder, posibilitando su control jurisdiccional, debiendo siempre cumplirse tales requisitos, pero con más cuidado, si cabe, cuando el bien implicado es un derecho fundamental.

c) Seguidamente, tras afirmar que nadie ha negado en el procedimiento que el honor, la intimidad y la propia imagen del recurrente en amparo se han visto lesionados por la difusión de su fotografía policial, su representación procesal examina las razones esgrimidas tanto por el Ministerio del Interior como por la Audiencia Nacional para justificar dicha intromisión, comenzando por invocar la posible infracción del principio de igualdad procesal de las partes (art. 24.1 CE) al añadir la Audiencia Nacional nuevos motivos a los invocados a tal efecto por el Ministerio del Interior.

Respecto de dichos motivos considera que sólo el relativo a la preponderancia del derecho del Ministerio del Interior a la información, por ser también un derecho fundamental, gozaría de entidad suficiente para justificar la lesión de los derechos invocados, si bien entiende que en este caso el Ministerio del Interior tenía limitado ex lege el ejercicio de su derecho a la información en su vertiente emisora. Ese derecho no es absoluto y el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en su art. 10.2, prevé la posibilidad de que sea regulado para proteger valores propios de una sociedad democrática, entre los que incluye la reputación y los derechos ajenos. Con base en ese principio, nuestro ordenamiento impone a las Administraciones públicas, como depositarias únicas en muchos casos de información especialmente sensible para el honor y la intimidad de las personas (datos fiscales, penales, policiales, familiares, etc.), un específico deber de reserva. En este supuesto las normas que regulaban entonces la reserva de los datos personales contenidos en los archivos policiales eran los arts. 37.2 LPC, 5.5 Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, reguladora de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, de las policías de las Comunidades Autónomas y de las policiales locales (sic) y 10, en relación con el art. 20, de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Y sólo se podían ceder tales datos en las condiciones tasadas (art. 11 Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre). El Ministerio

del Interior respetó la reserva impuesta por la Ley ocultando la identidad de los detenidos con las iniciales de sus apellidos en la nota de prensa facilitada a los medios de comunicación, pero no la respetó al proporcionarles las fotografías de las fichas policiales. En definitiva, resulta difícilmente sostenible el argumento de la prevalencia del derecho a la información cuando se ha ejercitado difundiendo datos reservados por imperio de la Ley y, además, ignorando las normas reguladoras del procedimiento a seguir para su ejercicio.

En relación con los motivos expuestos en la Sentencia de la Audiencia Nacional como justificadores de la denunciada intromisión en los derechos invocados por el recurrente como consecuencia de la publicación de su fotografía policial, se reiteran en el escrito de alegaciones de este trámite los argumentos ya vertidos en el escrito de demanda, si bien se aduce, además, una posible lesión del derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes (arts. 15 CE y 3 CEDH).

Concluye el escrito solicitando de este Tribunal dicte Sentencia acorde con el petitum formulado en la demanda de amparo.

8. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el día 5 de octubre de 2001, que en lo sustancial a continuación se resume:

a) Tras precisar que el objeto del recurso de amparo lo constituye exclusivamente la difusión de la fotografía del recurrente por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, no las noticias aparecidas en los medios de comunicación, ni la nota de prensa emitida por el mencionado Gabinete, el Ministerio Fiscal procede a identificar el derecho fundamental en juego, al tratarse los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de tres derechos autónomos (SSTC 156/2001, FJ 2; 81/2001, FJ 2), lo que sin embargo no quiere decir que una fotografía solamente pueda vulnerar uno de estos derechos fundamentales (STC 156/2001, FJ 3).

En este caso se trata de una fotografía de cuerpo entero con el fondo de una pared blanca sin ninguna señal identificativa. El fotografiado está de pie, completamente vestido y en actitud serena por lo que se puede apreciar. El tamaño de la fotografía hace que el rostro tenga pequeñas dimensiones, menores que las de una fotografía de filiación policial o de carné. La fotografía se ha obtenido conforme a las Normas de procedimiento sobre reseñas de 15 de septiembre de 1995 de la Comisaría General de Policía Científica y se conserva en la "reseña de filiación", según consta en el informe emitido por la policía para el expediente administrativo. La fotografía en sí misma no representa al demandante de amparo en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima, pues propiamente no lo representa en situación alguna, sino que lo sitúa en un momento anodino, sin nada que distraiga de la figura de la persona fotografiada y sin otras

personas que lo acompañen. De la fotografía no puede deducirse ni siquiera una situación de detención, si se separa de la nota de prensa a la que acompaña e ilustra. En consecuencia, en opinión del Ministerio Fiscal, no cabe estimar vulnerado el derecho al honor del demandante de amparo como consecuencia de la fotografía o de su difusión.

Por idénticas razones debe desecharse cualquier vulneración del derecho a la intimidad, pues la fotografía no desvela aspectos de la vida privada del demandante de amparo o partes íntimas de su cuerpo, ya que aparece completamente vestido.

b) Así pues, el derecho fundamental concernido en este caso es el derecho a la propia imagen, al mostrar la fotografía "los rasgos físicos que permiten la identificación de una persona" (STC 156/2001).

Tras aludir a la doctrina constitucional sobre el derecho a la propia imagen, recogida en las SSTC 81/2001, 139/2001 y 156/2001, y a la STEDH de 28 de octubre de 1994 -caso Murray contra Reino Unido-, el Ministerio Fiscal considera que las concretas circunstancias concurrentes en este caso hacen que la identificación del demandante de amparo como consecuencia de la difusión de la repetida fotografía no sea fácil. En efecto, los rasgos identificativos que se pueden encontrar en una fotografía de cuerpo entero de una persona completamente vestida son los que existen en el rostro que, por las circunstancias ya apuntadas, tiene unas dimensiones pequeñas, inferiores a las de la fotografía de reseña del hermano del recurrente en amparo. Concorre además el dato de que el demandante de amparo, en el tiempo en que estuvo oculto entre el homicidio y su presentación ante la policía, había variado voluntariamente su apariencia externa cortándose el pelo, de forma que la fisonomía con la que era habitualmente reconocido no es, en todos sus rasgos, aquélla con la que se obtuvo la fotografía cuya divulgación se impugnan.

Estas circunstancias llevan al Fiscal a la conclusión de que con la simple difusión de la fotografía es muy difícil que se pudiera reconocer al demandante de amparo en un entorno en que no sugiera una directa relación con el homicidio y las lesiones por los que fue detenido (como son la Comisaría de Policía y el Juzgado), por una persona que no lo hubiese conocido anteriormente. La fotografía permitiría el reconocimiento por quienes le conocieran con anterioridad a los hechos, pero quienes le conocían antes lo más probable es que conocieran su nombre, que es muy poco habitual, y ese nombre propio consta por dos veces en la nota de prensa que no ha sido impugnada, que se refiere al demandante de amparo como "Mederico S.V.", en su primer párrafo, añadiendo que tiene veinticinco años de edad, y como "Mederico", en su párrafo sexto, al aludir a las circunstancias de su detención. El nombre propio del demandante de amparo es de tal modo inusual que es más probable que quienes lo conocían le identificaran por el nombre que constaba en la nota de prensa que por la fotografía.

En conclusión, existe la difusión de una fotografía del demandante de amparo que por sus particulares circunstancias tiene disminuidas la características de los rasgos propiamente identificadores de quien aparece en ella y que acompaña a una nota de prensa en que se identifica por el nombre de Mederico a la persona fotografiada, nombre tan singular que, acompañado de la edad, no precisa más circunstancias para identificar al demandante de amparo. Al no ser necesaria la fotografía para identificarle, sino ser un añadido redundante en la identificación por quienes le conocían, no se cumple en este caso la característica de que la imagen permita por sí la identificación de una persona a la que de otro modo no se llegaría a conocer.

c) Además, en opinión del Ministerio Fiscal, concurren circunstancias que limitan el derecho fundamental a la propia imagen y que en este caso hacen que no exista la denunciada vulneración, al estar justificada la difusión de la fotografía del demandante de amparo junto con la nota de prensa del Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Valladolid.

En este caso, a diferencia de otros de los que ha conocido este Tribunal, la imagen ha sido obtenida con la anuencia de su titular, si bien su difusión se ha llevado a cabo sin su autorización. Existen supuestos, frecuentes y admitidos, en los que se difunde la imagen de una persona sin contar con su voluntad y no se vulnera por ello el derecho fundamental a la propia imagen. Así acontece con la difusión de fotografías de terroristas o delincuentes peligrosos que se están buscando y cuya detención se persigue o con la difusión de imágenes y fotografías de personas desaparecidas de sus domicilios solicitándose noticias de su paradero. En el primer caso, se busca la colaboración ciudadana para la localización y detención de la persona buscada y alertar a los ciudadanos ante la posibilidad de que esa persona pueda cometer nuevos delitos con daño para los particulares. La difusión se realiza al amparo de las funciones legalmente atribuidas a la policía de prevención de los delitos y de persecución de los delincuentes, a través de los órganos que tienen atribuida la relación con los medios de comunicación social para conseguir los fines que la Ley asigna a las fuerzas y cuerpos de seguridad. En el segundo caso se realiza por parientes o personas interesadas buscando el bien de la persona desaparecida, lo que ampara la difusión de la imagen sin autorización del titular del derecho. Ciertamente en ambos supuestos la difusión no se lleva a cabo en casos de pequeña importancia, si los delitos cometidos o que se prevé que pueda cometer el buscado son leves o si la desaparición del domicilio no reviste cierta duración o hay causas que lleven a pensar que es voluntaria y que la persona no corre riesgo serio, debiendo por el contrario concurrir circunstancias que permitan calificar de grave la situación.

El derecho a la propia imagen está limitado por el derecho a la comunicación de información. El presente caso es precisamente un

supuesto de comunicación de información: el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, en cumplimiento de sus funciones, comunica información escrita y gráfica sobre la detención de los presuntos autores de un grave crimen cometido en la ciudad de Valladolid. Se trata de una noticia destacada, como se ha argumentado al respecto en las resoluciones recaídas en el proceso civil promovido por el demandante de amparo contra un medio de comunicación. Prueba de la relevancia de la noticia es el lugar y la extensión que le dedicaron los periódicos que la recogieron y las fotografías son un complemento adecuado a la importancia de la noticia y al destacado lugar que se le reservó en la distribución de lugares y espacios en los periódicos. Una información tan importante y que se coloca en un lugar tan destacado pide un complemento gráfico que la ilustre y complemente, tanto desde el punto de vista del periodista que confecciona la noticia como desde el punto de vista del lector que busca conocer la información, por lo que acompañar las fotografías no es algo tan superfluo desde el punto de vista de la información.

Además la inclusión en la información que se daba de la fotografía del demandante de amparo ha de enjuiciarse de acuerdo con los datos que entonces se disponían, no con el resultado de la prueba en el acto del juicio en el que algunos testigos se retractaron de sus primeras declaraciones. Conforme a las declaraciones que se tenían el día 26 de febrero de 1994, como se explica en el Informe de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, "Mederico Serna Vergara es el más alto de los tres presuntos autores y es el que viste cazadora negra, y por consiguiente, ya que concuerdan las declaraciones de los detenidos y testigos, es el que apuñala a una de las víctimas".

A lo que ha de añadirse que con la información publicada se buscaba otra finalidad, que también se expresa en el referido informe. De acuerdo con la función del Gabinete de Prensa de relación con los medios de comunicación, y para auxiliar la investigación de los hechos y la búsqueda del fugado, hermano del demandante de amparo, se facilitaron las fotografías de los presuntos autores y la nota de prensa correspondiente al servicio policial que se había llevado a cabo con la pretensión de que algún testigo, dada la hora y la zona en que ocurrieron los hechos, pudiese facilitar nuevos datos que permitiesen la localización del tercer individuo interviniente en la agresión. Con las fotografías de los dos detenidos se aportó la fotografía de la reseña policial del hermano del recurrente en amparo, de forma que se incrementaba la posibilidad de que alguna persona pudiera aportar algún dato nuevo. No es desproporcionado el medio empleado para conseguir la localización del otro presunto autor de hechos tan cruentos, por el riesgo de que en su huida pudiera cometer otros similares.

En definitiva, el Ministerio Fiscal entiende que la difusión de la fotografía del demandante de amparo, realizada sin su autorización por

el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, está amparada en el derecho de información recogido en el art. 20.1.d CE, por la salvaguarda de la seguridad pública y la prevención de infracciones penales, conforme a los supuestos recogidos en el art. 8.2 CEDH, y no añade una mayor identificabilidad del demandante de amparo al contenido de la nota de prensa con la que se ha conformado al no recurrirla.

Concluye su escrito interesando de este Tribunal que dicte Sentencia en la que se deniegue el amparo solicitado.

9. Por providencia de 23 de enero de 2003 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 de enero siguiente.

II. Fundamentos jurídicos

1. La adecuada y correcta delimitación del objeto del presente recurso de amparo requiere comenzar por efectuar una serie de consideraciones previas a la vista de las imprecisiones que se advierten en el escrito de formalización de la demanda y de las alegaciones efectuadas por la representación actora en el trámite del art. 52.1 LOTC.

La demanda de amparo se dirige formalmente, tanto en el encabezamiento como en el suplico, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de mayo de 2000, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ahora recurrente en amparo contra la desestimación presunta por el Ministerio del Interior de la reclamación que había formulado por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, como consecuencia de la difusión por la Jefatura Superior de Policía de Valladolid a diversos medios de comunicación de la fotografía que le había sido tomada en las dependencias policiales el día de su detención con destino a su ficha policial. Sin embargo, la supuesta vulneración de los derechos a la intimidad personal, al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE) que se denuncia en la demanda de amparo no sería en su origen imputable a aquella resolución judicial, sino a la referida actuación policial que el recurrente en amparo estima lesiva de los mencionados derechos fundamentales, de modo que, al no achacarse en el escrito de demanda una lesión autónoma de los derechos fundamentales y libertades públicas a la Sentencia de la Audiencia Nacional, lo que en realidad se le reprocha a ésta es el no haber reparado y haber profundizado en la lesión ya producida por la actuación policial cuestionada, siendo la única virtualidad del recurso contra ésta la de agotar la vía jurisdiccional previa (art. 43.1 LOTC). Así pues, como pone de manifiesto el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, el presente recurso de amparo, ateniéndonos al escrito de formalización de la demanda, ha de entenderse promovido por la vía del art. 43 LOTC.

Posteriormente, en el trámite de alegaciones del art. 52 LOTC, la representación actora añade a su queja inicial la vulneración, también, del derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución jurisdiccional congruente con las pretensiones formuladas y de igualdad de armas procesales de las partes, así como la violación del derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE). Pero esta ampliación extemporánea de los derechos fundamentales supuestamente menoscabados no puede ser tomada en consideración, pues, de conformidad con una conocida y reiterada doctrina de este Tribunal, las únicas quejas que pueden ser atendidas en esta vía de amparo constitucional son las que la propia parte actora deduce en su demanda, al ser ésta la rectora del proceso, la que acota la pretensión a la que hay que atenerse para resolver el recurso en relación con las infracciones que en ella se citan [SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 1; 96/1989, de 29 de mayo, FJ 1; 218/1989, de 21 de diciembre, FJ 1; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 1 c), por todas].

Por último, del suplico de la demanda de amparo parece deducirse, y así lo entiende el Abogado del Estado, que el recurrente pretende un pronunciamiento de este Tribunal en el que, además de declararse vulnerados sus derechos a la intimidad personal, al honor y a la propia imagen, se le reconozca el derecho al percibo de la indemnización económica que proceda por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. Obviamente esta última pretensión excede de las posibilidades de un proceso constitucional de amparo, en el que este Tribunal ha de circunscribirse a examinar si se ha producido o no la denunciada vulneración de los derechos fundamentales invocados. Mas si de tal pronunciamiento se ha de derivar o no la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en función de la concurrencia del resto de los presupuestos constitucional y legalmente exigibles al efecto, y el consiguiente derecho del ahora recurrente en amparo a percibir la correspondiente indemnización, es una cuestión reservada a la jurisdicción ordinaria y no susceptible de amparo constitucional (por todas, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 6).

En suma, el objeto de presente recurso de amparo queda circunscrito a determinar si han resultado vulnerados los derechos del demandante de amparo a la intimidad personal, al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE) como consecuencia de la difusión por la Jefatura Provincial de la Policía de Valladolid a diversos medios de comunicación de la fotografía que le fue tomada el día de su detención en las dependencias policiales con destino a su ficha policial.

2. Como se ha dejado constancia en los antecedentes de esta Sentencia, el demandante de amparo, en compañía de un hermano suyo y de un amigo de éste, estuvo involucrado en una pelea con otras personas, que tuvo lugar en una calle de Valladolid el día 20 de febrero de 1994, como

consecuencia de la cual falleció una de ellas y otras dos resultaron heridas. Tras las correspondientes investigaciones, la policía detuvo el día 26 de febrero de 1994 en su domicilio al amigo del hermano del demandante de amparo y éste último se presentó ese mismo día, acompañado de su Abogado, en la comisaría de la policía de la calle San Pablo de Valladolid para declarar en relación con los referidos hechos delictivos, siendo detenido en ese momento. Trasladado a la sede del Grupo de la Policía Judicial de la Jefatura Superior de Valladolid, se le tomó en la ya indicada fecha reseña fotográfica de cuerpo entero.

El mismo día 26 de febrero de 1994 el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid emitió una nota de prensa sobre las investigaciones llevadas a cabo por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en relación con los hechos delictivos que habían tenido lugar el día 20 de febrero, en la que se informaba de la detención de dos de los presuntos autores del homicidio, entre ellos el demandante de amparo, a quienes se identifican con sus nombres propios y las iniciales de sus dos apellidos, indicándose también que el tercer implicado, el hermano del ahora recurrente en amparo, no había sido aún localizado, continuándose con las investigaciones que permitan su detención. Junto con la referida nota, la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, según quedó acreditado en autos y consta expresamente en el informe emitido por el Jefe Superior de la Policía de Valladolid en el expediente de reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, facilitó a determinados medios de comunicación las fotografías de las tres personas presuntamente implicadas en los hechos, entre ellas la reseña fotográfica del demandante de amparo que había sido obtenida en dependencias policiales el día de su detención. Se aduce al respecto en el mencionado informe que las fotografías fueron facilitadas "dada la trascendencia social que supuso la gravísima agresión y con la pretensión de que algún testigo, dada la hora y zona en que ocurrieron los hechos, pudiese facilitar nuevos datos que permitiesen la localización del tercer individuo interviniente en la agresión".

El demandante de amparo fue absuelto en la causa penal seguida por los mencionados hechos delictivos, en la que fueron condenados su hermano y el amigo de éste.

Figura, asimismo, en las actuaciones el informe emitido por el Jefe de la Brigada Provincial de la Policía Científica de la Jefatura Superior de Valladolid, según el cual la reseña dactiloscópica y fotográfica de los detenidos por razón de delito está regulada por las Normas de procedimiento sobre reseñas, de 15 de septiembre de 1995, editadas por la Comisaría General de la Policía Científica, sirviendo la fotografía obtenida del detenido "para realizar la identificación del mismo mediante reconocimiento en aquellos casos en que sea preciso". En el referido informe se describen las dos modalidades de reseñas fotográficas que se toman de los detenidos -convencional o de cuerpo

entero-, indicándose que "el negativo obtenido al reseñado se guarda en un sobre en el que consta el nombre y número asignado [y] que conforma el archivo □reserva de filiación□", el cual, "junto con el biográfico y dactiloscópico es obtenido por la Brigada de Policía Científica y administrado y custodiado por ella". Asimismo, como "norma obligada de cada reseña fotográfica se obtienen dos copias: una es remitida al Servicio Central de Policía Científica y otra a la Brigada de Policía Judicial ... [suministrándose] a las Brigadas o Grupos de las mismas que lo soliciten todas las copias fotográficas que demanden para la realización de gestiones de carácter profesional". El informe se extiende a continuación sobre los supuestos en los que los detenidos son fotografiados de cuerpo entero, entre ellos "a todo aquél que policialmente pueda interesar para recoger el aspecto total del fotografiado [y] a las personas de las que se supone fundadamente puedan o deban ser objeto de reconocimiento para el que se presume no va a ser suficiente la reseña convencional".

En concreto, respecto a la reseña fotográfica del ahora demandante de amparo y de la otra persona detenida por su participación en los mismos hechos, se señala en el informe que tales reseñas fueron las únicas practicadas el día 26 de febrero de 1994 y que no se les tomó la reseña convencional porque ya habían sido reseñados en el año 1992 "y su imagen no había sufrido cambios sensibles", obteniéndose "de cuerpo entero porque el motivo de la detención hace suponer que va a ser necesario realizar reconocimientos posteriores y que esas diligencias van a ser más fiables si se realizan sobre una fotografía de cuerpo entero".

3. El demandante de amparo considera que han resultado vulnerados sus derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), como consecuencia de la difusión o distribución por parte de la policía a determinados medios de comunicación, sin resolución razonada del órgano o de la autoridad competente y sin que se le hubiera conferido un previo trámite de audiencia, de la fotografía que el día de su detención se le había tomado en dependencias policiales con destino a su ficha policial, pues tal actuación policial permitió, sin necesidad alguna, que se ofreciese la imagen, que constituye la máxima expresión de su identidad, de una persona sin ningún tipo de relevancia pública a la curiosidad, a la difamación y escarnio públicos, resultando además la fotografía difamante por sí misma dada la situación en que lo representaba. En esta línea argumental entiende, asimismo, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia ha supeditado en este caso sus derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen a la tranquilidad de la opinión pública, a la imagen de eficacia de la policía y a la oportunidad de amedrentar a la persona huida implicada en los hechos, objetivos éstos que califica de muy respetables, pero que carecen del rango de derechos fundamentales y que en esta ocasión resultaban perfectamente alcanzables sin necesidad del alto sacrificio

que padecieron sus derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

El Abogado del Estado estima, en síntesis, que no se han producido las denunciadas vulneraciones constitucionales, ya que a su juicio ha existido una proporcionalidad suficiente entre las lesiones del derecho al honor y a la propia imagen del recurrente, que pudieron haberse ocasionado al facilitar la policía la nota de prensa, y la reseña fotográfica policial del demandante de amparo, y el derecho de la sociedad en general a ser informada del resultado de la actividad policial en relación con un delito de especial gravedad susceptible de generar la consiguiente alarma social y cuyo total esclarecimiento precisaba la colaboración ciudadana.

Por su parte el Ministerio Fiscal se pronuncia también en contra de la estimación del recurso de amparo. En su opinión no cabe considerar vulnerado el derecho al honor del recurrente en amparo como consecuencia de la difusión de la mencionada fotografía, pues ésta no lo representa en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o propia estima. E igual conclusión alcanza en relación con la denunciada lesión del derecho a la propia imagen, aduciendo al respecto que en el presente supuesto concurren circunstancias que limitan el derecho fundamental a la propia imagen y que excluyen la lesión denunciada, al estar justificada la difusión de la fotografía del recurrente en amparo junto a la nota de prensa del Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de la Policía de Valladolid, como son, de un lado, el ejercicio del derecho a comunicar información sobre un asunto relevante para la opinión pública y, de otro, la finalidad buscada con la difusión de la fotografía, cual era la de que algún testigo pudiese facilitar nuevos datos que permitiesen la localización del tercer individuo interviniente en la agresión y que en ese momento se encontraba huido.

4. Delimitadas en los términos expuestos las posiciones de las partes, ha de traerse a colación la doctrina de este Tribunal, según la cual los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata, dicho con otras palabras, de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3). Como hemos declarado en la última de las Sentencias citadas, el carácter autónomo de los derechos del art. 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros dos derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional, pues la especificidad de cada uno de estos

derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o que se la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de la vulneración de las eventuales lesiones del derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen puede vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente (FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4).

Esta constatación lleva a afirmar, en cuanto al canon de enjuiciamiento a aplicar, que, cuando se denuncia que una determinada imagen gráfica ha vulnerado dos o más derechos del art. 18.1 CE, deberán enjuiciarse por separado esas pretensiones, examinando respecto de cada derecho si ha existido una intromisión en su contenido, y posteriormente si, a pesar de ello, esa intromisión resulta o no justificada por la existencia de otros derechos o bienes constitucionales más dignos de protección dadas las circunstancias del caso (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 3).

En el presente caso el demandante de amparo invoca como lesionados los derechos a la intimidad personal, al honor y a la propia imagen. Ahora bien, pese a esa invocación formal de los tres derechos fundamentales recogidos en el art. 18.1 CE, lo cierto es, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal e implícitamente comparte también el Abogado del Estado, que, ateniéndonos a la actuación policial cuestionada y a los términos de las alegaciones formuladas en el escrito de formalización de la demanda de amparo y en el posterior trámite del art. 52 LOTC, su queja ha de reconducirse a la posible lesión del derecho a la propia imagen y del derecho al honor, sin que como consecuencia de aquella actuación haya resultado afectado su derecho a la intimidad personal, ni al respecto se ofrezca argumentación alguna en relación con su posible vulneración, ya que la fotografía difundida por la policía no desvela aspectos de su vida privada o partes íntimas de su cuerpo (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3). Así pues, de conformidad con la doctrina de la que se acaba de dejar constancia en este fundamento jurídico, nuestro examen ha de circunscribirse a analizar por separado las denunciadas vulneraciones del derecho a la propia imagen y al honor, comenzando por la primera de ellas.

5. En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen proclamado en el art.18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la

dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad - informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4).

Lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 156/2001, de 2 de junio, FJ 6; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4).

En la medida en que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las circunstancias del mismo, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de la imagen (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3), sino también una esfera personal, y, en este sentido, privada, de libre determinación; en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Así pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 5; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4).

Ahora bien, como sostuvimos en la STC 99/1994, de 11 de abril, no puede deducirse del art. 18.1 CE que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite al obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan (FJ 5). El derecho a la propia imagen, como

cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 6).

La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. Como ocurre "cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5)". El derecho a la imagen se encuentra delimitado así por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitarlas. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento, o el interés público en la captación o difusión de su imagen (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6).

6. A tenor de la doctrina constitucional expuesta hemos de examinar la denunciada vulneración del derecho a la propia imagen del recurrente en amparo, debiendo precisarse que su queja se circunscribe, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, únicamente a la difusión o distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la fotografía que le fue tomada en dependencias policiales el día de su detención con destino a su ficha policial, sin que en ningún momento se cuestione o se impugne en este proceso la captación u obtención por la policía de dicha fotografía, ni la nota de prensa difundida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid sobre las investigaciones policiales y sus resultados, ni, en fin, las noticias aparecidas al respecto en los diversos medios de comunicación. A tales efectos nuestro enjuiciamiento ha de comenzar por analizar, en primer término, si la actuación policial cuestionada ha supuesto una intromisión en el contenido del derecho a la propia imagen del recurrente en amparo, para determinar posteriormente si, a pesar de ello, esa intromisión, en el supuesto de haber existido, ha resultado o no justificada por la concurrencia de otros derechos o bienes constitucionales más dignos de

protección dadas las circunstancias del caso (SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 3; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4).

Pues bien, de conformidad con aquella doctrina constitucional ha de concluirse que la difusión o distribución por la policía de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo sin su consentimiento a determinados medios de comunicación, lo que ha permitido a éstos su posterior publicación, en cuanto reproduce su imagen física de forma que permite claramente su identificación, puede constituir una intromisión en su derecho a la propia imagen, dado que, como ya se ha señalado, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos de una persona que permita reconocer su identidad (SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 7; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4). En este sentido resulta conveniente indicar que la Audiencia Nacional en su Sentencia parte de reconocer que ha existido la denunciada intromisión, si bien considera que en este caso, dado que el derecho a la imagen no es absoluto, concurren circunstancias que justifican la misma y excluyen su carácter ilegítimo.

Asimismo en esta línea argumental no resulta ocioso traer a colación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la toma de fotografía, con o sin su consentimiento, de una persona detenida en un centro militar constituye una injerencia en el ejercicio de su derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8.2 CEDH; STEDH de 28 de octubre de 1994 -caso Murray contra Reino Unido-, §§ 84 y 85).

En este extremo han de ser desestimadas las alegaciones del Ministerio Fiscal, quien excluye, en primer término, que en este supuesto haya resultado lesionado el derecho del recurrente de amparo a la propia imagen, al entender que con la fotografía distribuida por la policía no era fácil su identificación dadas las características de la misma y que su inusual nombre propio, que aparecía reproducido dos veces en la nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de la Policía de Valladolid, había permitido probablemente a quienes le conocían su identificación, sin necesidad de acudir para ello a su fotografía, que resulta, por lo tanto, accesoria.

En relación con el primero de los argumentos del Ministerio Fiscal ha de señalarse que la reseña fotográfica policial del demandante de amparo, como ha quedado constancia en las actuaciones, reproducía a éste de cuerpo entero, habiéndose optado en este supuesto por tal modalidad de reseña en vez de por la modalidad convencional, como se indica en el informe emitido por el Jefe de la Brigada Provincial de la Policía

Científica de la Jefatura Superior de Valladolid, porque el demandante de amparo ya había sido "reseñado en el año 1992 y su imagen no había sufrido cambios sensibles", y "porque el motivo de la detención hace suponer que va a ser necesario realizar reconocimientos posteriores y que esas diligencias van a ser más fiables si se realizan sobre una fotografía de cuerpo entero". Si la finalidad y razón de ser de la reseña fotográfica policial tomada al demandante de amparo era, como se señala en el mencionado informe, la de recoger su aspecto físico total, por devenir necesario para posteriores reconocimientos, siendo tales diligencias de reconocimiento más fiables de las que pudieran resultar de la reseña convencional, no puede lógicamente sostenerse que esa fotografía distribuida por la policía a determinados medios de comunicación no permitiese la identificación del recurrente en amparo a través de sus rasgos físicos. De otro lado, que el carácter inusual, en calificación del Ministerio Fiscal, del nombre propio del demandante de amparo que se reproduce en la nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid permitiese su identificación por las personas que ya lo conocían, en modo alguno excluye la apreciada intromisión en el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo como consecuencia de la distribución o difusión por la policía de la referida fotografía a determinados medios de comunicación, en cuanto permite claramente su identificación a través de sus rasgos físicos. En todo caso la reproducción del nombre propio del demandante de amparo podría suscitar la posible vulneración de otro u otros derechos fundamentales distintos del derecho a la propia imagen que ahora nos ocupa, sin que resulte necesario para la resolución del presente recurso de amparo pronunciarse sobre tal aspecto, al no haber sido planteada esta cuestión en la demanda de amparo.

7. El paso siguiente en nuestro análisis debe ser, según se ha planteado antes, si, dada la intromisión, ésta puede considerarse ilegítima, como sostiene el recurrente en amparo, o si no, como mantienen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, en cuyo análisis debe partirse de la consideración de cuál sea la naturaleza de esa fotografía difundida.

La fotografía cuestionada, distribuida por la Jefatura Provincial de la Policía de Valladolid, había sido tomada al demandante de amparo en las dependencias policiales en su condición de detenido, por resultar presuntamente implicado en la comisión de los hechos delictivos objeto de la investigación policial y que habían dado lugar a la apertura de diligencias judiciales, y con la finalidad, según se indica en el ya referido informe del Jefe de la Brigada Provincial de la Policía Científica, de que sirviese para su identificación en los reconocimientos posteriores. Asimismo en el mencionado informe se indica que dicha reseña fotográfica conforma el archivo de "reseña de filiación", que junto al biográfico y dactiloscópico es obtenido, administrado y custodiado por la Brigada de la Policía Científica, enviándose sendas copias de la reseña fotográfica al Servicio Central de la Policía Científica y a la

Brigada de la Policía Judicial, suministrándose también todas las copias fotográficas que soliciten las Brigadas o Grupos de la Policía Científica y Judicial para la realización de gestiones de carácter profesional. Se trata, pues, de una actuación policial que se enmarca en la misión constitucionalmente conferida a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 104.1 CE), en concreto en el ejercicio de su función, para el cumplimiento de aquella misión, de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial competente, y de captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública [arts. 126 CE; 11.1 g) y h) Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad -LOFCS-; 445 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -LOPJ-; 282 Ley de enjuiciamiento criminal -LECrim-; 1 Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la policía judicial].

En este sentido ha de traerse a colación, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que constituyen principios básicos de actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado el deber de secreto profesional, que la Ley les impone, al disponer que "deberán guardar riguroso secreto respecto de todas las informaciones que conozcan por razón de su cargo o con ocasión del desempeño de sus funciones", sin perjuicio del deber de colaboración con la Administración de Justicia y de auxiliarla en los términos establecidos en la Ley [arts. 5.1 e) y 5 LOFCS; 443 LOPJ; 282 LECrim; 15 Real Decreto 769/1987, de 19 de junio]; así como, en relación con las personas detenidas, el de respetar en su actuación su honor y dignidad (art. 5.3 LOFCS).

En esta línea argumental, aun cuando en la demanda de amparo no se ha invocado la posible vulneración del art. 18.4 CE, en modo alguno resulta ocioso resaltar que, según se señala en el informe del Jefe de la Brigada de la Policía Judicial de Valladolid, la reseña fotográfica del recurrente en amparo conforma el archivo "reseña de filiación", y que, de conformidad con la legislación en aquel momento vigente, "la recogida y tratamiento automatizado para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas, están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad" (art. 20.2 Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal -LORTAD-; también art. 22 de la actualmente vigente Ley Orgánica 15/1999, de 14 de diciembre, de protección de datos de carácter personal -LOPD). Tales datos, además,

de acuerdo con los principios de protección de datos recogidos en el Título II de la mencionada Ley, "no podrán usarse para finalidades distintas a aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos" (art. 4.2 LORTAD; también art. 4 LOPD), estando obligados el responsable del fichero automatizado y quienes interviniesen en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal "al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar las relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo" (art. 10 LORTAD; también art. 10 LOPD). Finalmente, únicamente estaba autorizada su cesión, sin el previo consentimiento del afectado, en los tasados supuestos del art. 11.2 LORTAD, entre los que no se contempla la cesión a los medios de comunicación de datos personales que figuren en los ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (en el mismo sentido, art. 11.2 LOPD).

En definitiva, ha de configurarse la fotografía cuestionada como un dato de carácter personal del demandante de amparo, obtenida y captada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el ejercicio de la función constitucional y legalmente conferida de investigación de los delitos y detención y aseguramiento de sus supuestos autores, y respecto al cual sus miembros están obligados en principio al deber del secreto profesional.

A la precedente consideración ha de añadirse que la actuación policial cuestionada no resulta incardinable en ninguno de los supuestos definidos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que no se reputan, con carácter general, como intromisiones ilegítimas en los mencionados derechos fundamentales, ni, en particular, en relación con el derecho a la propia imagen (arts. 2 y 8).

8. Ahora bien, como razona la Audiencia Nacional en su Sentencia (fundamento de Derecho tercero), la confidencialidad de la fotografía del recurrente en amparo, difundida por la policía a determinados medios de comunicación, o, en otras palabras, el deber de secreto profesional por el que se encontraba protegido el referido dato personal, no ha de revestir necesariamente carácter absoluto en todos los supuestos, pudiendo resultar justificada en determinados casos, en atención a sus concretas circunstancias, la difusión por la policía de la reseña fotográfica policial de una persona por la concurrencia de otros derechos o bienes constitucionales prevalentes en razón de dichas circunstancias. Como ya hemos tenido ocasión de señalar en el fundamento jurídico 5 de esta Sentencia, hemos de recordar, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que el derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho fundamental, no es un derecho absoluto, pudiendo su contenido encontrarse delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales, de modo que la intromisión en aquel derecho puede resultar justificada por la concurrencia de otros

derechos o bienes constitucionales más dignos de protección dadas las circunstancias del caso (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FFJJ 3 y 6).

En este sentido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, en una línea argumental sustancialmente idéntica, sostienen que la cuestión suscitada por el demandante en el presente proceso de amparo se contrae a resolver un supuesto conflicto, en lo que ahora interesa, entre el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1.d CE], para concluir afirmando que, dado que la información escrita y gráfica suministrada por la policía satisface los requisitos de la veracidad y de la relevancia pública, por referirse a asuntos de interés general, ha de prevalecer en la resolución del conflicto el derecho a la libertad de información, en concreto, en palabras del Abogado del Estado, el derecho de la sociedad en general a ser informada del resultado de la actividad policial en relación con un delito de especial gravedad susceptible de generar la consiguiente alarma social y cuyo total esclarecimiento precisaba la colaboración ciudadana.

Ciertamente el derecho a la información, así como la libertad de expresión, al igual que la libertad de creación artística pueden en determinadas circunstancias operar como límite al contenido del derecho a la propia imagen (en este sentido, SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 83/2002, de 22 de abril, FFJJ 3 y 4). Sin embargo en el presente caso ha de rechazarse el indicado planteamiento, que efectúan el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, al apreciar que se contrae a un conflicto entre el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo y el derecho a la libertad de información, pues, sin necesidad de detenernos, por no resultar necesario para la resolución del presente recurso de amparo, en otras consideraciones sobre el deber de las Administraciones públicas de informar sobre determinados asuntos que afectan a bienes cuya protección les está encomendada (medio ambiente, sanidad, seguridad pública, etc.), en tanto y cuanto tal información puede facilitar la difusión y recepción de información veraz (STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4), los sujetos titulares de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla son la colectividad, cada uno de sus ciudadanos y los profesionales del periodismo (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11; 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 2; 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 2, por todas), pero en ningún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales las instituciones públicas o sus órganos (en relación con la libertad de expresión, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4; 254/1993, de 20 de julio, FJ 7; en relación con las libertades de expresión e información, ATC 19/1993, de 21 de enero).

Así, con referencia genérica a la libertad de expresión, se ha declarado en la mencionada STC 254/1993, de 20 de julio, que la información que las Administraciones públicas recogen, conservan y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la Ley y ha de ser, además, adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella, pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 CE, siendo aquella información luego utilizada por sus distintas autoridades y organismos en el desempeño de sus funciones, desde el reconocimiento del derecho a prestaciones sanitarias o económicas de la Seguridad Social hasta la represión de conductas ilícitas, incluyendo cualquiera de la variopinta multitud de decisiones con que los poderes públicos afectan a la vida de los particulares (FJ 7). En este sentido, con base en las mismas razones que las esgrimidas en relación con la libertad de expresión, ha de señalarse, en lo que aquí interesa y como se infiere del mencionado Auto, respecto a la titularidad por las instituciones públicas o sus órganos de libertad de información, que la información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el art. 20.1.d CE (ATC 19/1993, de 21 de enero).

9. Aunque en el presente supuesto no cabe apreciar la existencia de un conflicto entre el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo con otros derechos fundamentales, en concreto, como sostienen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, con el derecho a la libertad de información, no puede sin embargo descartarse que puedan concurrir otros bienes constitucionales o de interés público más dignos de protección, dadas las circunstancias del caso, que el interés del demandante de amparo en evitar la difusión de su imagen, lo que excluiría el carácter ilegítimo de la intromisión apreciada en su derecho a la propia imagen como consecuencia de la difusión o distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial que fue tomada en las dependencias policiales el día de su detención. Puede acontecer así que, a pesar de haberse producido una intromisión en el derecho del demandante de amparo a la propia imagen, la misma no resulte ilegítima si se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental (en este sentido, STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4, y la doctrina constitucional allí citada).

Ahora bien, admitido lo anterior, para apreciar si la actuación policial cuestionada en el presente caso vulneró o no el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo no es suficiente hacer valer un interés general o público, al que por definición ha de servir el obrar de la Administración (art. 103.1 CE), pues bien se comprende que "si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el

sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia" (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7). Por ello no es ocioso recordar aquí, como tiene declarado con carácter general este Tribunal, que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 2/1982, de 29 de enero, FJ 5, entre otras). Ni tampoco que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 61/1982, de 13 de octubre, FJ 5; 13/1985, de 31 de enero, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; 196/1987, de 11 de diciembre, FFJJ 4 a 6; 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 137/1990, de 19 de julio, FJ 6; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6).

En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.e; 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8; 186/2000, de 10 de julio, FJ 6).

Por lo que ha de analizarse, a la luz de la doctrina expuesta, si una actuación como la impugnada en el presente caso se halla justificada en la protección de exigencias públicas y si, en su caso, cumple la condición de proporcionalidad atendidas las circunstancias que en el mismo concurren.

10. La adopción de una medida como la cuestionada requería ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comportaba, en lo que ahora interesa, en el derecho a

la propia imagen del recurrente en amparo y, de otra parte, si la medida era idónea, necesaria, imprescindible y proporcionada para asegurar la defensa del interés público que se pretendía proteger. Y bien se comprende que el respeto a esa exigencia requería la fundamentación de la medida por parte de la autoridad que la ha adoptado, pues sólo tal fundamentación permitiría que fuera apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales pudieran controlar las razones que la justificaron a juicio de la autoridad policial (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.b). Sin embargo, en el presente caso la medida tomada por la autoridad administrativa carece en el momento de su adopción de cualquier fundamentación, la cual sólo ha sido ofrecida a posteriori durante la tramitación del expediente por responsabilidad patrimonial de la Administración promovido por el demandante de amparo, en el que consta el informe emitido, a solicitud de la Instructora, por la Jefatura Superior de la Policía de Valladolid, en el que se justifica la distribución de las fotografías de los presuntos autores de los hechos delictivos investigados, entre ellas la del demandante de amparo, "por la trascendencia social que supuso la gravísima agresión y con la pretensión de que algún testigo, dada la hora y zona en que ocurrieron los hechos, pudiese facilitar nuevos datos que permitiesen la localización del tercer individuo interviniente en la agresión".

Por su parte la Audiencia Nacional justifica en su Sentencia la distribución por la policía de las reseñas fotográficas policiales, no sólo de la persona huida, sino también de las dos personas que le acompañaban ese día y en el lugar de los hechos, en atención a los fines perseguidos por dicha actuación policial, enumerando como tales "1) tranquilizar a la opinión pública en un hecho de grave conmoción social; 2) transmitir un mensaje de eficacia policial, y 3) hacer saber al huido que su cerco era más estrecho". A lo que añade la consideración de que "no fue sino hasta el juicio cuando se pudo precisar el alcance de la conducta más que sospechosa" del recurrente en amparo, "y si tal ocurrió mucho tiempo después y sólo fue posible en ese momento, no hubo ilegitimidad en aquella actuación policial inicial", pues "no fue una publicidad gratuita sino enmarcada, como suele ser normal (vid. fotografías de presuntos miembros de ETA, o retratos-robot que se difunden) en ámbito de la investigación, para sus específicos fines y con un mínimo de cautela y objetividad en las palabras empleadas". Concluye la Sentencia afirmando que: "Aquí el proceder fue legítimo y justificado y el destinatario tenía razonablemente el deber de soportarlo porque también razonablemente y en aquel momento estaba situado en una posición que le era claramente desfavorable" (fundamento de Derecho cuarto).

En el mismo sentido se pronuncian el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, para quienes, en síntesis, la distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo encuentra su justificación en su posible

participación en los hechos delictivos investigados, que revestían especial gravedad, y en la finalidad de lograr la colaboración ciudadana en la detención de la tercera persona implicada en aquellos hechos que, en ese momento, se encontraba huida de la Justicia, esto es, en definitiva, como aduce el Ministerio Fiscal, en la salvaguarda de la seguridad pública y la prevención de las infracciones penales.

11. De los fines expresados de la Sentencia de la Audiencia Nacional en función de los que justifica la distribución de la fotografía del recurrente, el de mayor entidad es el referente a los fines de la investigación. Sobre el particular, es preciso recordar que este Tribunal ha tenido ocasión de declarar que la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.a; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9; ATC 155/1999, de 15 de junio).

La Audiencia Nacional, como se acaba de dejar constancia, parte en este caso de la consideración de que la difusión por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo "no constituyó una publicidad gratuita", enmarcándola en el ámbito de la investigación policial para sus fines específicos. Sin necesidad de que este Tribunal se pronuncie sobre supuestos que presentan o pueden presentar características muy distintas al ahora sometido a su enjuiciamiento, como son los mencionados por la Audiencia Nacional en su Sentencia o por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, pues ello no resulta preciso para la resolución de este recurso de amparo, para que se pudiera aceptar la argumentación de la que parte la Audiencia Nacional hubiese sido preciso que se hubiera motivado o fundado en el momento de su adopción la medida tomada por la autoridad policial y aquí cuestionada, como ya se ha señalado en el fundamento jurídico precedente. Sólo con tal elemento de partida sería posible conocer qué finalidades específicas enmarcadas en el ámbito de la investigación policial pretendían alcanzarse con la difusión de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo.

Mas, como ya se ha dicho, en el presente caso la medida adoptada por la autoridad administrativa careció de fundamentación en el momento de su adopción, la cual solo fue ofrecida a posteriori durante la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración, aduciéndose como razones de la difusión, a las que seguidamente nos referiremos, la trascendencia social de los hechos delictivos y la facilitación de nuevos datos que permitiesen la detención del tercer individuo interviniente en la agresión, el hermano del demandante de amparo, que en ese momento se encontraba huido.

Debe destacarse que las finalidades específicas de la investigación policial que con carácter genérico enuncia la Audiencia Nacional para justificar la difusión de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo ni siquiera son en momento alguno identificadas en su Sentencia, por lo que no resulta convincente, en razón de las circunstancias concurrentes en el presente caso, que con la difusión por la policía de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo a determinados medios de comunicación se persiguiesen finalidades específicas en el ámbito de la investigación policial.

Resulta necesario reparar al respecto que en este caso los presuntos autores de los hechos delictivos investigados ya habían sido identificados por la policía, quien, además, contaba con la reseña fotográfica de cada uno de ellos; que dos de ellos, entre los que figuraba el demandante de amparo, se encontraban detenidos en dependencias policiales en el momento de procederse por la policía a la difusión o distribución a determinados medios de comunicación de la fotografía tomada al recurrente en amparo con destino a su ficha policial; y, en fin, que el tercer implicado, aunque se encontraba huido, ya había sido identificado, habiendo difundido también la policía a los medios de comunicación su reseña fotográfica.

Sobre esa base, una vez rechazada la concreta finalidad expuesta de la Audiencia Nacional, objeto del precedente análisis, ha de examinarse, a continuación, si la actuación policial cuestionada pudiera encontrarse en este caso justificada en los otros distintos bienes constitucionales o intereses públicos aducidos por la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, la Audiencia Nacional, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

Al respecto debe advertirse que reviste relevancia e interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 4; 232/1993, de 12 de julio, FJ 4; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4).

Pues bien, en el presente caso no puede estimarse que la intromisión que ha padecido el recurrente en amparo en su derecho a la propia imagen se encuentre justificada por los distintos bienes constitucionales e intereses públicos aducidos por la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, la Sentencia de la Audiencia Nacional y por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en sus escritos de alegaciones. Por el contrario, tal medida no se revela como idónea, necesaria ni

proporcionada para alcanzar aquellos bienes o intereses que se dicen perseguir con la difusión a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo.

En efecto, se aducen al respecto la tranquilidad de la opinión pública, dada la trascendencia social de los hechos delictivos investigados, y la transmisión de mensaje de eficacia policial, con estas denominaciones o las más genéricas de seguridad pública y represión de infracciones penales, como bienes o intereses que legitimarían la intromisión en el derecho a la propia imagen del demandante de amparo.

En este caso, dadas sus circunstancias, tales bienes o intereses en modo alguno requerían para su consecución y satisfacción la difusión por parte de la policía de la reseña fotográfica policial obtenida del demandante de amparo a los fines de la investigación y esclarecimiento de los hechos investigados, pues, identificados los presuntos autores de los hechos delictivos, y encontrándose detenido el demandante de amparo, su satisfacción se alcanzaba perfectamente, sin merma alguna, informando a la opinión pública sobre las investigaciones policiales llevadas a cabo, sus resultados positivos, la detención de dos de las personas presuntamente implicadas en los hechos investigados y la búsqueda de la tercera que se encontraba huida e identificada por su propia reseña fotográfica. En este sentido no puede dejar de resaltarse la contradicción que se advierte en la actuación policial, en cuanto, de un lado, en la nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid se oculta respetuosamente la identidad del demandante de amparo, al que únicamente se le identifica, como al otro detenido, con su nombre propio y las siglas de sus apellidos; y, de otro lado, se procede a difundir y distribuir a determinados medios de comunicación la reseña fotográfica policial de una persona sin relevancia pública, como lo es el demandante de amparo, reseña fotográfica que constituye la máxima expresión de su identidad.

En igual conclusión ha de alcanzarse en relación con la argumentación de que la finalidad pretendida con la difusión de la reiteradamente mencionada reseña fotográfica policial del demandante de amparo era la de hacer saber a la persona huida que su cerco era más estrecho y la de lograr la colaboración ciudadana en su detención. Finalidades éstas, sin duda, perfectamente legítimas, pero para cuya consecución y satisfacción tampoco se releva como idónea, necesaria y proporcionada la difusión por parte de la policía de aquella reseña fotográfica, pues para alcanzarla bastaba con hacerle saber a la persona huida que estaba identificaba, que se la estaba buscando y que se encontraban detenidas las otras dos personas implicadas en los hechos investigados, extremos éstos que figuraban en la nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid a los medios de comunicación, pudiendo justificar también la pretendida colaboración ciudadana para su detención la difusión de la fotografía de

la persona huida, pero no la de quien, como el demandante de amparo, se encontraba ya detenido, pues nada aportaba a la finalidad perseguida.

Por último, la Audiencia Nacional aduce en su Sentencia que el recurrente en amparo tenía razonablemente el deber de soportar la intromisión que ha padecido en su derecho a la propia imagen porque en aquel momento estaba situado razonablemente en una posición que le era claramente desfavorable debida a su implicación en los hechos delictivos investigados. Mas tal argumentación tampoco puede justificar aquella intromisión, pues este Tribunal tiene declarado que la captación y difusión de la imagen de una persona sólo resulta admisible cuando su propia y previa conducta o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés público o ajeno que pueda colisionar con aquél (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 6). En este caso, y aun admitiendo la desfavorable situación en la que se encontraba el recurrente en amparo, a pesar de que en sus declaraciones ante la policía proclamó su inocencia, no existen otros derechos o bienes constitucionales que prevalezcan sobre su derecho a la propia imagen y, en consecuencia, que resulten más dignos de protección que éste.

Ha de concluirse, pues, que en este caso, en atención a las circunstancias del mismo, la difusión o distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica tomada al demandante de amparo el día de su detención en dependencias policiales con destino a su ficha policial ha vulnerado su derecho a la propia imagen.

12. El demandante de amparo considera, también, que la difusión de su reseña fotográfica policial ha vulnerado, además de su derecho a la propia imagen, su derecho al honor (art. 18.1 CE), al resultar dicha fotografía difamante por sí misma, dada la situación en que lo representa. Aduce al respecto, en el trámite de alegaciones del art. 52 LOTC, que la toma de la fotografía de una persona detenida en dependencias policiales representa a esa persona en un momento importantísimo de su vida, no siendo dicha imagen, que no trasluce lo mejor de ella, la deseada por la persona fotografiada.

El "honor", como objeto del derecho consagrado en el art. 18.1 CE, es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege. No obstante esta imprecisión del objeto del derecho al honor, este Tribunal no ha renunciado a definir su contenido constitucional abstracto afirmando que ese derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o

mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas. Dado que el derecho al honor posee un objeto determinado (el "honor"), y no se reduce a un simple derecho de reacción frente al incumplimiento de una prohibición constitucional de revelar o divulgar información sobre alguien, no se lesiona por el simple hecho de que un tercero, sea un particular o el Estado, realice determinadas conductas como las que consisten, justamente, en divulgar información u opinar sobre una persona. Es más, esa conducta puede ser ilícita o no estar protegida por el ejercicio de un derecho fundamental y, sin embargo, no lesionar el derecho al honor ajeno porque simplemente no ha mancillado su "honor" en los términos en los que éste viene definido constitucionalmente. En suma, el derecho al honor prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa o atentando injustificadamente contra su reputación, haciéndola desmerecer ante la opinión ajena, de modo que lo protegido por el art. 18.1 CE es la indemnidad de la apreciación que de una persona puedan tener los demás, y quizá no tanto la que aquélla desearía tener. Y, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos o bienes constitucionales (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FFJJ 4 y 5; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 2, por todas).

No cabe negar, en principio, que la difusión de la imagen de una persona en su condición de detenida, como en este caso representa al demandante de amparo la reseña fotográfica policial distribuida a los medios de comunicación, pueda dañar la reputación de esa persona, en cuanto conlleva o puede conllevar, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un desmerecimiento en la consideración ajena, quedando de ese modo menoscabada su reputación.

Y, al no existir en este caso, en atención a las circunstancias concurrentes en el mismo, como ya se ha apuntado en relación con el derecho a la propia imagen, otros derechos o bienes constitucionales que pudieran justificar la intromisión en su honor que ha padecido el demandante de amparo, ha de estimarse también vulnerado este derecho fundamental como consecuencia de la difusión o distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica que le fue tomada el día de su detención en dependencias policiales con destino a su ficha policial.

13. Al objeto de determinar los efectos del otorgamiento del presente recurso de amparo (art. 55.1 LOTC), hemos de recordar, como señalamos en el fundamento jurídico 1 de esta Sentencia, que es una cuestión reservada a la jurisdicción ordinaria y ajena, por tanto, a este proceso constitucional la determinación de si concurren los

presupuestos constitucional y legalmente exigibles sobre la existencia en este caso de una responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, como pretende el demandante de amparo. Procede, en consecuencia, que junto a la declaración de reconocimiento de los derechos fundamentales vulnerados se declare la nulidad de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de mayo de 2000, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictarse la mencionada Sentencia, para que se dicte una nueva Sentencia respetuosa con los derechos fundamentales declarados vulnerados en la que el órgano judicial, si procede, se pronuncie sobre la pretensión del demandante de amparo de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente demanda de amparo promovida por don Mederico Serna Vergara y, en su virtud:

1º Declarar vulnerados los derechos del recurrente en amparo a la propia imagen y al honor (art. 18.1 CE).

2º Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de mayo de 2000 (recurso contencioso-administrativo núm. 655/98), retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la mencionada Sentencia, a fin de que se dicte otra sobre la pretensión deducida en la vía judicial respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintiocho de enero de dos mil tres.

UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2003 de 10 de febrero de 2003 TOLDOCS: 239215

Sala primera. Recurso de amparo contra Sentencia por no apreciar discriminatorio un despido laboral.

Comentario de Pablo Pérez Tremps.

- La sentencia, tras referirse al **objeto del recurso de amparo**, que nunca puede ser la revisión de los hechos declarados probados por los órganos judiciales, aprecia la existencia de una vulneración del derecho a la igualdad sin **discriminación por razón del sexo** por entender que el despido de la recurrente derivaba de su embarazo. Para llegar a esta conclusión acude a **convenios internacionales** y al **Derecho Comunitario europeo**.

TEXTO DE LA SENTENCIA

Preámbulo

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY
la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 1150/99, promovido por doña Patricia Núñez Pascual, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Isabel Campillo García y asistida por la Abogada doña María Teresa Balader Sabata, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de febrero de 1999, dictada en el recurso de suplicación núm. 5759/98, que revocó parcialmente la Sentencia de 24 de abril de 1998 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en el procedimiento núm. 245/98, seguido en virtud de demanda de despido. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte el Institut Municipal d'Educació de Barcelona, representado por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García y asistido por la Letrada doña María Cristina Samaranch de Lacambra. Ha sido Ponente el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en Registro General de este Tribunal el día 16 de marzo de 1999, la Procuradora de los Tribunales doña María Isabel Campillo García, en nombre y representación de doña Patricia Núñez Pascual, interpuso recurso de amparo, turnado con el número 1150/99, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de febrero de 1999, dictada en el recurso de suplicación núm. 5759/98, que revocó parcialmente la Sentencia de 24 de

abril de 1998 del Juzgado de lo Social núm.1 de Barcelona en el procedimiento núm.245/98, seguido en virtud de demanda de despido.

2. El soporte fáctico de la demanda de amparo lo constituyen los siguientes hechos:

a) La actora prestaba sus servicios para el Institut Municipal d'Educació de Barcelona (IMEB) desde el 1 de noviembre de 1992, evaluando programas de formación y de colaboración en el proyecto NOW, relativo a acciones destinadas a garantizar la igualdad de la mujer y financiado con fondos de la Unión Europea. Inicialmente desarrolló su actividad sin formalizar por escrito su relación laboral.

b) El día 1 de febrero de 1995 firmó un contrato de trabajo a tiempo completo y de duración temporal para servicio determinado, vinculado nuevamente al proyecto NOW y a la duración de éste.

c) El 5 de enero de 1998, con efectos para el 31 de dicho mes, se comunica a la trabajadora que en esa última fecha finalizaba su contrato de trabajo por lo que cesaría en su relación laboral y sería dada de baja en la Seguridad Social. La trabajadora se encontraba en estado de gestación en el momento del cese, circunstancia que había comunicado a compañeros de trabajo en noviembre de 1997.

d) La Sra. Núñez presentó demanda por despido, turnada al Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona, que dio lugar a Sentencia de 24 de abril de 1998 que declaraba la nulidad del despido, por discriminatorio, y condenaba al IMEB a la readmisión con las consecuencias legales aparejadas. El juzgador a quo identificaba los indicios de discriminación aportados por la empleada: 1) simultaneidad entre el conocimiento del embarazo en el centro de trabajo y el cese; 2) falta de motivación para la finalización de la relación laboral; 3) existencia de un antecedente en el IMEB en el que otra resolución contractual fue debida al embarazo de una trabajadora del mismo centro de trabajo, según testimonios efectuados en el juicio y dignos de credibilidad. Estos indicios, decía la Sentencia, no habrían sido desvirtuados por la empresa, faltando una justificación objetiva, razonable y proporcionada sobre la decisión adoptada que sirviera para desvincular el acto extintivo del trato discriminatorio aducido por la actora. En el entender del órgano judicial, aunque la empresa se esforzó en explicar que ocupaba otras trabajadoras embarazadas y que la extinción se debió, exclusivamente, a la finalización del programa NOW, lo cierto es que no habría conseguido probar ni lo uno ni lo otro. En concreto, en relación con el vencimiento del proyecto (causa de la resolución de la relación contractual según el alegato empresarial), constataba el juzgador que la trabajadora nunca prestó sus servicios únicamente en el programa NOW, que no desarrollaba actividades ligadas a él desde 1996, y que se produjo la extinción mucho tiempo después de la finalización de la financiación del programa, dos años más tarde, coincidiendo con la gestación.

e) La Sentencia de 24 de abril de 1998 fue recurrida por el IMEB en el grado jurisdiccional de suplicación. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dicta la Sentencia de 8 de febrero de 1999. Estima parcialmente la modificación de hechos probados solicitada, modificando el error apreciado en la determinación de la fecha de la celebración del contrato de trabajo temporal (1 de febrero de 1995, en lugar de 1 de febrero de 1994), y pone de manifiesto que de las ciento veintisiete personas adscritas al IMEB noventa y ocho son mujeres, dato acreditado que considera especialmente trascendente y relevante en un proceso "cuya cuestión única y esencial es precisamente la de determinar si la decisión de la empresa es discriminatoria por estar basada en la condición de mujer de la trabajadora embarazada cuya relación laboral se extingue".

En la cuestión de fondo la Sala de lo Social revoca la calificación del despido, sustituyendo la de nulidad por discriminación por otra de improcedencia por fraude en la contratación. Comienza recogiendo la doctrina constitucional sobre la prueba

indiciaria en el proceso laboral para, a renglón seguido, señalar: "Como decíamos en nuestra sentencia de 10 de junio de 1996, la correcta aplicación de esta doctrina exige que el trabajador aporte un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la empresa ha actuado guiada por intereses ilícitos, contra derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, para lo cual se han de mesurar adecuadamente todas las circunstancias puntuales que concurren en cada supuesto concreto, valorando en sus justos términos las incidencias surgidas en la relación laboral en el momento de otorgar a las mismas la virtualidad necesaria para ser tenidas como suficiente indicio de la violación de derechos fundamentales que provoquen la inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario a acreditar la bondad de su decisión y despejar cualquier duda sobre el móvil último de la misma". Proseguía aludiendo a dos Sentencias del Tribunal Supremo: "para que haya lugar a esta inversión de la carga de la prueba, no basta su mera alegación y es preciso acreditar indicios de violación del derecho fundamental, y los indicios son señales o acciones que manifiestan -de forma inequívoca- algo oculto; lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia. Distinguen estas sentencias [del Tribunal Supremo] entre la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de invertir la carga de la prueba".

Tras la enunciación de ese canon de enjuiciamiento, adopta la decisión antes reseñada -revocación de la sentencia de instancia con declaración de improcedencia del despido-, sosteniendo a tal fin que los pretendidos indicios de discriminación aceptados en instancia no eran tales, sino meras sospechas y conjeturas. Así, según la resolución judicial recurrida en amparo, la inexistencia de discriminación se derivaría de: "1) la empleadora es un organismo público que emplea a 98 mujeres y 29 hombres, lo que evidencia que en absoluto puede entenderse que exista una política laboral de discriminación hacia la mujer, y no ya solo porque este tipo de actuación sea absolutamente infrecuente dentro de la administración pública a diferencia de las empresas privadas en las que suele presentarse con mayor intensidad, sino porque en el concreto caso de autos la enorme desproporción existente entre el número de hombres y mujeres hace realmente difícil considerar la concurrencia de una práctica empresarial discriminatoria por razón de sexo; 2) si el cese es notificado a la trabajadora el 5 de enero de 1998 con efectos de 31 de ese mismo mes, y el embarazo se encuentra en estado de gestación de 23 semanas al celebrarse el juicio el 22 de abril, no parece razonable considerar que la empresa ya tuviere conocimiento del mismo, pese a que se declare probado que la actora lo comunicó a sus compañeros de trabajo a finales de noviembre de 1997. Con independencia de que es extraño que en esa fecha la interesada ya hubiere hecho saber a sus compañeros que se encontraba embarazada, la admisión de este dato que se declara probado en la sentencia, no permite considerar que la empleadora pudiese realmente tener conocimiento de esta circunstancia con anterioridad al 5 de enero de 1998 en que notifica el cese, y con tiempo suficiente para adoptar una decisión de este carácter en un organismo público que actúa conforme a unas normas burocráticas mucho más rígidas y complejas que las empresas privadas y necesita por tanto un mayor periodo de tiempo para tomar una medida de naturaleza tan grave como sería la de extinguir un contrato de trabajo de una empleada por el solo hecho de estar embarazada; 3) el numeroso grupo de mujeres en plantilla hace inviable considerar que una supuesta política de cesar a las mujeres embarazadas no hubiere tenido otros antecedentes en casos similares a los de la actora, y a este respecto no puede otorgarse valor alguno a la simple opinión de los testigos que manifiestan que en febrero de 1997 a una trabajadora contratada temporalmente no le fue renovado el contrato porque estaba embarazada. No sólo no interpuso reclamación alguna la interesada, sino que estamos ante una simple elucubración de los compañeros de trabajo que han testificado para manifestar que creen que ese fue el motivo de la no renovación del contrato; 4) toda vez que el contrato de trabajo temporal que vinculaba a las partes se acoge a la modalidad de obra o servicio determinado y en la sentencia se declara que desde principios de 1996

dejó de realizarse el programa objeto del mismo, es obvio que en un momento u otro la empleadora habría de adoptar la decisión de darlo por finalizado, como es práctica habitual en los organismos públicos que incurren en la concertación de contratos temporales en fraude de ley que necesariamente han de rescindir ulteriormente, sin que pueda realmente exigirse una justificación mayor o adicional de los motivos de la resolución cuando el contrato temporal es manifiestamente fraudulento precisamente porque la obra o servicio es inexistente. Y aunque ciertamente se produce una relativa inmediación entre el embarazo y el cese, los razonamientos hasta ahora expuestos nos llevan a considerar que este dato es tan solo una mera coincidencia que no puede ser elevada a la categoría de indicio suficiente de discriminación, cuando no consta que la empleadora realmente hubiere tenido la oportunidad de conocer que la trabajadora se encontraba embarazada antes de notificarle el cese, y las circunstancias ya apuntadas sobre su naturaleza de organismo público y la composición de su plantilla inciden aún más en esta consideración".

3. El recurso de amparo considera que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada el 8 de febrero de 1999, vulnera el art. 14 CE. Mantiene que obran en autos documentos que acreditan que el Instituto conocía del embarazo de la Sra. Núñez. Apoyándose en la Sentencia dictada en instancia, defiende que la empresa no contrarrestó los indicios aportados sin que pueda servir en ello, pese a lo que señala la resolución recurrida, la justificación fundada en la concurrencia de fraude en la contratación, pues ese planteamiento llevaría a que la Administración no tiene obligación de justificar tales ceses ni siquiera cuando concurren indicios de discriminación. Rechaza seguidamente la valoración efectuada por la Sala de lo Social de la prueba testifical (no otorgando alcance alguno a la opinión de los testigos sobre otra extinción contractual), pues con ello valoró nuevamente la prueba olvidando que esa operación corresponde en exclusiva al juzgador a quo.

Por todo ello, con base en los indicios de discriminación no neutralizados por el IMEB, en los hechos probados y en la valoración probatoria del juez a quo, estima que debe concluirse que el despido resultó contrario al art. 14 CE, ya que la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, tal como sucede con el embarazo. Solicita que anulemos la sentencia recurrida y declaremos firme la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona, con las consecuencias legales aparejadas.

4. El recurso de amparo fue admitido a trámite por providencia de 25 de octubre de 1999 de la Sección Segunda de este Tribunal. En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC se solicitaba a los órganos judiciales de instancia y suplicación la remisión de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieren sido parte en el procedimiento, excepto de la recurrente en amparo, al objeto de que pudieran comparecer para defender sus derechos.

5. Se personó el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, en nombre y representación del Institut Municipal d'Educació de Barcelona. Así se hizo constar en diligencia de ordenación de 7 de diciembre de 1999, en la que, junto a ello, se tenían por recibidos los testimonios de las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona, y se concedía un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a los Procuradores Sres. Campillo García y Deleito García para que alegaran lo que estimaran pertinente, de

conformidad con lo dispuesto en el art. 52 LOTC.

6. El 28 de diciembre de 1999, la representación de la Sra. Núñez se remite en su escrito de alegaciones a los contenidos de la demanda de amparo.

7. El 5 de enero de 2000 registró su escrito de alegaciones el IMEB. Como cuestión previa, sostiene la concurrencia de dos causas de inadmisibilidad. En primer lugar, la recurrente no agotó la vía judicial previa por cuanto que debió recurrir en casación para la unificación de doctrina. Diversas Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y de otras Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia contradicen lo resuelto en la Sentencia recurrida, siendo los hechos, fundamentos y pretensiones planteados en aquéllas sustancialmente iguales a los de la que es objeto de este proceso (cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1986, 3 de diciembre de 1987 y 29 de julio de 1988, así como las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco, de 19 de marzo de 1996, de Cataluña, de 22 de junio de 1999, y de Andalucía, de 2 de febrero de 1996 y 5 de marzo de 1999, considerando que todas ellas podían haber servido como término de comparación en el recurso de casación para la unificación de doctrina). En segundo lugar, la demanda infringe el art. 44.1 b) LOTC, dado que pretende oponerse a la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal Superior de Justicia, terreno en el que no puede entrar el Tribunal Constitucional según aquel precepto, pues no es una tercera instancia que pueda conocer de los hechos que dieron lugar al proceso. Finalmente, en relación con el fondo del asunto, interesa la desestimación del amparo por inexistencia de indicios de discriminación.

8. Evacuó el trámite de alegaciones el Ministerio Fiscal en fecha de 14 de enero de 2000, interesando la denegación del amparo. Sostiene que lo único constatado es que, cuando se produjo la comunicación escrita de la decisión extintiva, la demandante se encontraba en las primeras semanas de gestación, pero no consta que la empleadora conociese tal circunstancia y por ello mucho menos aún que la conociese cuando inició los trámites para la toma de la decisión resolutoria. Cuestiona seguidamente, en virtud de la documental médica, la corrección de la fecha en la que, según el juzgador a quo, la trabajadora comunicó el embarazo en el centro de trabajo, y desvincula el anuncio a otros trabajadores del conocimiento de ese estado por quienes tenían capacidad de extinguir la relación laboral, por lo que concluye que no hubo vulneración del derecho fundamental esgrimido.

9. Por providencia de fecha 27 de enero de 2003, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 30 de dicho mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Lo que se enjuicia en este recurso de amparo ha quedado concretado con detalle en los antecedentes, a saber: la impugnación de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, allí citada, por presunta vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE, dado que, en opinión de la demandante, la finalización de la relación laboral por vencimiento del término pactado encubriría la auténtica causa resolutoria: su estado de embarazo. De esa manera, sobrepasándose el juicio general de igualdad en consonancia con el control singularmente intenso que se impone en los casos relacionados con la prohibición de discriminación del segundo inciso del art. 14 CE, está en cuestión si la extinción del contrato de trabajo respondió

o no a un factor constitucionalmente prohibido por discriminatorio y contrario a la dignidad de la mujer. Esto es, si tras el acto empresarial resolutorio subyace una circunstancia (el estado de gestación) que tiene con el sexo de la demandante una conexión directa e inequívoca, pues la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial que no puede acarrear, conforme a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, perjuicios a la mujer trabajadora.

Tal como se ha resuelto la causa en la Sentencia recurrida, que niega la existencia de indicios de discriminación, la principal dimensión constitucional del asunto se sitúa en detectar si hubo cumplimiento por parte de la demandante de su obligación probatoria, como entendió el juzgador a quo, o si por el contrario, según ha razonado la Sentencia impugnada, no consiguió probar que estuviera en juego el factor discriminatorio en el que hace descansar la protección que demanda, por vulneración del principio consagrado en el art. 14 CE. La simultaneidad entre el conocimiento del embarazo en el centro de trabajo y el cese, la falta de causa legal apta para acordar la finalización de la relación laboral cuando la extinción se produjo, así como la existencia de un antecedente en el Instituto municipal demandado en el que, según testimonios efectuados en el acto del juicio, otra resolución contractual podría haber estado motivada por el embarazo de una trabajadora del mismo centro de trabajo, conformarían, en opinión de la recurrente, el panorama indiciario no neutralizado por la empleadora, poniéndose de manifiesto la existencia de un despido contrario al art. 14 CE. El Instituto demandado en el proceso y el Ministerio público, por el contrario, coinciden en su oposición al amparo solicitado, esgrimiendo motivos similares a los contenidos en la Sentencia recurrida.

2. Antes de entrar en el examen de fondo de la cuestión suscitada, cumpíenos dar respuesta a las objeciones de admisibilidad de la demanda de amparo formuladas por el Institut Municipal d'Educació de Barcelona, fundados en la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial previa a la interposición del amparo y en los límites de la jurisdicción constitucional en el procedimiento de amparo derivados del art. 44.1 b) LOTC.

A su criterio, en primer lugar, la resolución dictada en el recurso de suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia era susceptible de recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Asegura que existían sobre la materia objeto de controversia Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y del propio Tribunal Supremo contradictorias con la recurrida en amparo, de suerte que la omisión de ese cauce procesal, posible y procedente, acarrearía la referida falta de agotamiento.

La objeción debe rechazarse. Tenemos dicho que la subsidiariedad del amparo tan sólo impone la previa formalización del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando no quepa duda alguna respecto de la procedencia y posibilidad real y efectiva de interponerlo, así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en esta sede constitucional (SSTC 337/1993, de 15 de noviembre; 347/1993, de 22 de noviembre; 354/1993, de 29 de noviembre; 377/1993, de 20 de diciembre; 132/1994, de 9 de mayo; 140/1994, de 9 de mayo; 93/1997, de 8 de mayo; 183/1998, de 17 de diciembre; 5/1999, de 8 de febrero; 173/1999, de 27 de septiembre; 183/2000, de 10 de julio, o 71/2002, de 8 de abril). Salvo en situaciones en las que la procedencia del recurso es evidente (SSTC 337/1993, de 15 de noviembre; 347/1993, de 22 de noviembre; 31/1995, de 6 de febrero, o 194/1995, de 19 de diciembre) o en las que la propia parte recurrente admite su pasividad en la no utilización de esa reacción procesal (por todas, STC 211/1999, de 29 de noviembre), corresponde a quien pretende hacer valer su no

interposición como motivo de inadmisibilidad (en este caso el Instituto de Barcelona, en el trámite de alegaciones del art. 52.1 LOTC) el acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía en el supuesto concreto, debiéndose abstener de efectuar vagas invocaciones (STC 119/2002, de 20 de mayo).

Ninguna de las dos situaciones descritas se produce en este caso. Descartada la aceptación de la propia recurrente de su inactividad procesal, pues nada en la demanda de amparo puede llevarnos a esa conclusión, constatamos que quien aduce el óbice no ofrece soporte alguno del que concluir la pretendida aptitud específica en el caso concreto de aquel recurso cuya omisión denuncia. No se realiza la más mínima justificación de identidades con el caso aquí enjuiciado, comparando la Sentencia dictada en el grado jurisdiccional de suplicación y las Sentencias citadas u otras que pudieran traerse a colación, pese a ser aquéllas invariablemente exigidas por el alto Tribunal para admitir a trámite ese recurso extraordinario, circunstancia por sí sola suficiente para rechazar la objeción que se efectúa (STC 71/2002, de 8 de abril). Falta, por tanto, una demostración de la aptitud singular de los pronunciamientos citados para trabar la contradicción y reparar eventualmente en la vía judicial las lesiones denunciadas en este recurso de amparo, como tampoco hay un intento serio, ni rudimentario siquiera, de dar satisfacción a esa obligación acreditativa del supuesto paralelismo, debiendo decaer por ello la alegación.

Idéntica suerte deberá correr el segundo reparo reseñado. La demanda de amparo no pretende que formulemos unos hechos distintos a los declarados probados, instando de este Tribunal, contra la invariabilidad que nos impone el art. 44.1 b) LOTC, que los modifique para favorecer un enjuiciamiento que lleve a conclusiones distintas de las acogidas en el precedente proceso judicial (pretensión inviable que se nos ha planteado en alguna oportunidad: SSTC 252/1994, de 19 de septiembre; 68/2001, de 17 de marzo; 69/2001, de 17 de marzo; y AATC 233/1982, de 30 de junio; 252/1982, de 22 de julio; 372/1984, de 20 de junio; o 169/1986, de 19 de febrero, por ejemplo). Si fuera de ese modo, ciertamente, la demanda actora iría más lejos de lo que permite aquel precepto, sometiendo a este Tribunal la decisión de una cuestión de hecho, en el propósito de que declarara las consecuencias jurídicas interesadas sobre la base de una revisión del *factum* judicial que, en todo caso, tiene efectivamente vetada nuestra jurisdicción, como hemos dicho desde las iniciales SSTC 2/1982, de 29 de enero, y 11/1982, de 29 de marzo.

Por el contrario, lejos de solicitar la alteración de los hechos probados, lo que denuncia la recurrente es la valoración que de ellos realizó la Sentencia dictada en el grado jurisdiccional de suplicación en cuanto a la credibilidad de ciertas pruebas testificales practicadas en el juicio oral, en contra de lo concluido por el juzgador a quo y en perjuicio de su interés en el proceso, negándole con ello, y con otros fundamentos adicionales, que hubiera satisfecho su obligación de aportación de indicios acerca de la vulneración del art. 14 CE que denunciaba. La pretensión, así pues, queda encuadrada en el grupo de casos regidos por el esquema de la denominada prueba indiciaria en el proceso laboral, incumbiéndonos su examen porque la discriminación, a menudo, es una realidad de prueba extremadamente compleja y porque, precisamente por ello, únicamente con el canon elaborado para ese tipo de supuestos es posible hacer aflorar, para corregirlas, las vulneraciones en su caso existentes. La imposibilidad legal y material de alterar los hechos, dicho de otro modo, no puede conducir a que el Tribunal Constitucional abdique de su función de protección del derecho fundamental, lo que nos impone revisar, con el límite mencionado y en los términos que seguidamente precisaremos, si el razonamiento que ha conducido a negar la existencia de indicios -impidiendo con ello toda viabilidad a la denuncia de discriminación, al imputar a la denunciante el incumplimiento del deber probatorio que en ella recaía- resultó arbitrario, incoherente con las pruebas

practicadas o irrazonable. Según establecimos en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre, y 136/2001, de 18 de junio, para construir el juicio de constitucionalidad resultará imprescindible "determinar con precisión si, en el supuesto enjuiciado, los datos declarados como probados en la instancia, que sirvieron de base para la declaración de nulidad del despido y que, posteriormente, se estimaron insuficientes por el Tribunal superior, revisten la necesaria entidad para ser considerados como indicios suficientes ... Ello no significa que este Tribunal pueda revisar la valoración de la prueba efectuada por los Jueces y Tribunales ordinarios, □función privativa suya' que no podemos desplazar, sin que ello obste a que podamos alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales".

No incurre la demanda de amparo, en consecuencia, en un exceso respecto de los ámbitos de la jurisdicción constitucional, contraviniendo lo que previenen los arts. 117.3 y 161.1 b) de la Constitución, pues para lo que se nos pide no se nos impone la revisión de los hechos declarados probados en la instancia, ni tampoco efectuar una labor de crítica sobre el poder de convicción del material probatorio manejado por los Tribunales de procedencia, bastando analizar los hechos en que se apoya el presente recurso de amparo, tal como fueron declarados por los Tribunales ordinarios, desde la sola perspectiva del derecho fundamental invocado y con el propósito descrito.

3. La prohibición de discriminación contenida en el art.14 CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE. En este sentido, la exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón de ser, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (STC 166/1988, de 26 de septiembre). Por tanto, en contraste con el principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando un principio también vigente en materia de empleo (STC 229/1992, de 14 de diciembre).

Centrada la cuestión de la denunciada discriminación en el embarazo de la actora se ha de recordar que, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de mantener, la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (SSTC 166/1988, de 26 de septiembre; 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio, o 20/2001, de 29 de enero). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio; 240/1999, de 20 de diciembre; 20/2001, de 29 de enero, o 41/2002, de 25 de febrero). De otro modo quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo del colectivo femenino y particularmente, en lo que esta vez importa, la continuidad en el empleo por la maternidad) y, de la misma manera, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España, de cuyo valor

interpretativo de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE). Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE, hemos estimado diversos recursos de amparo relativos a la materia aquí enjuiciada, incluso respecto de decisiones empresariales ad nutum, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio), y hemos afirmado igualmente que la misma conclusión debe prevalecer ante decisiones causales, como el despido (STC 136/1996, de 23 de julio), pues la paridad que impone el segundo inciso del art. 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sin discriminación por razón de sexo.

En consecuencia, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado.

El examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, sirve de fuente interpretativa del art. 14 CE corrobora la amplitud de esa protección, como recordábamos en nuestra reciente STC 41/2002, de 25 de febrero. En efecto, el art. 5 d) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, señala que el embarazo no constituirá causa justificada para la resolución de la relación de trabajo. El Ordenamiento comunitario recoge soluciones análogas. De la Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (SSTJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Hertz, y de 14 de julio de 1994, asunto Webb), aunque no se haya producido la comunicación expresa al empresario del estado de gestación (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark). La protección de esa Directiva frente a perjuicios causados por razón de embarazo incluye, como es sabido, otras muchas situaciones aunque tengan menor conexión con el caso que ahora analizamos. Por ejemplo, protege frente a extinciones por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo (STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown); ampara a la empleada, siempre que aquél sea el fundamento extintivo, ya sea temporal o indefinido el contrato (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark); prohíbe la no contratación debida al embarazo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker) o la no renovación por esa causa (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar), incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo (STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto Mahlborg), y determina que será igualmente discriminatoria la ruptura del contrato fundada en el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo (respecto del trabajo nocturno, STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann-Beltermann).

Por su parte, el art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE -de efecto directo cuando un Estado miembro no ha adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar), lo que no se tuvo en consideración en el caso de autos-, establece la prohibición de despedir a la

trabajadora embarazada, que haya comunicado su estado al empresario, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad (espacio temporal sobre el que en su totalidad se extiende la protección, STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown), salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada. Recientemente nuestra normativa interna, a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, ha incorporado esas disposiciones, sin requerir expresamente que se haya producido la comunicación formal al empresario.

La protección frente a la extinción del contrato de trabajo por razón de embarazo tiene, así pues, fundamento constitucional, reflejo en las normas legales y sustento, ex art. 10.2 CE, en las fuentes interpretativas del art. 14 CE.

4. Cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, este Tribunal ha reiterado, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, dificultad de prueba en la que se fundó nuestra jurisprudencia desde sus primeros pronunciamientos, que ha tenido concreciones en nuestra legislación procesal y que viene recibiendo consideración en los más diversos ámbitos de creación normativa, como revela, por ejemplo, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997.

Es sabido que la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 66/2002, de 21 de marzo). El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador.

Conforme a esta doctrina y en los términos antes enunciados, nos corresponde analizar si la parte actora acreditó en el caso de autos la existencia de indicios de una conducta empresarial discriminatoria por razón de su embarazo, pues la base en la que se apoyó la Sentencia impugnada fue, justamente, el incumplimiento de la recurrente de amparo de su obligación probatoria. Procede decir a tal fin, en cuanto al tipo de conexión necesaria para apreciar la concurrencia del indicio, según apuntaba nuestro ATC 89/2000, de 21 de marzo, que tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho

sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.

De ahí que, en situaciones como la de autos, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido - embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación - extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto. En palabras de nuestra STC 41/2002, de 25 de febrero, "para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio".

5. En el presente caso, es necesario recordar que el juzgador a quo ponía en relación con la decisión empresarial una serie de hechos, a saber, fundamentalmente: 1) coincidencia en el tiempo del conocimiento del embarazo en el centro de trabajo y el cese; 2) falta de motivación para la resolución de la relación laboral, que relacionaba posteriormente con la finalización del programa NOW mucho tiempo antes de la ejecución del acto extintivo; 3) existencia de un antecedente en el Instituto demandado en el que otro cese habría estado motivado por el embarazo de una trabajadora del mismo centro de trabajo, según testimonios efectuados en el juicio y dignos de credibilidad.

Frente a ello la Sentencia dictada en el grado jurisdiccional de suplicación y recurrida en amparo concluye que no existían indicios, según los siguientes razonamientos: "1) la empleadora es un organismo público que emplea a 98 mujeres y 29 hombres, lo que evidencia que en absoluto puede entenderse que exista una política laboral de discriminación hacia la mujer, y no ya solo porque este tipo de actuación sea absolutamente infrecuente dentro de la Administración pública a diferencia de las empresas privadas en las que suele presentarse con mayor intensidad, sino porque en el concreto caso de autos la enorme desproporción existente entre el número de hombres y mujeres hace realmente difícil considerar la concurrencia de una práctica empresarial discriminatoria por razón de sexo; 2) si el cese es notificado a la trabajadora el 5 de enero de 1998 con efectos de 31 de ese mismo mes, y el embarazo se encuentra en estado de gestación de 23 semanas al celebrarse el juicio el 22 de abril, no parece razonable considerar que la empresa ya tuviere conocimiento del mismo, pese a que se declare probado que la actora lo comunicó a sus compañeros de trabajo a finales de noviembre de 1997. Con independencia de que es extraño que en esa fecha la interesada ya hubiere hecho saber a sus compañeros que se encontraba embarazada, la admisión de este dato que se declara probado en la sentencia, no

permite considerar que la empleadora pudiese realmente tener conocimiento de estas circunstancias con anterioridad al 5 de enero de 1998 en que notifica el cese, y con tiempo suficiente para adoptar una decisión de este carácter en un organismo público que actúa conforme a unas normas burocráticas mucho más rígidas y complejas que las empresas privadas y necesita por tanto un mayor periodo de tiempo para tomar una medida de naturaleza tan grave como sería la de extinguir un contrato de trabajo de una empleada por el solo hecho de estar embarazada; 3) el numeroso grupo de mujeres en plantilla hace inviable considerar que una supuesta política de cesar a las mujeres embarazadas no hubiere tenido otros antecedentes en casos similares a los de la actora, y a este respecto no puede otorgarse valor alguno a la simple opinión de los testigos que manifiestan que en febrero de 1997 a una trabajadora contratada temporalmente no le fue renovado el contrato porque estaba embarazada. No solo no interpuso reclamación alguna la interesada, sino que estamos ante una simple elucubración de los compañeros de trabajo que han testificado para manifestar que creen que ese fue el motivo de la no renovación del contrato; 4) toda vez que el contrato de trabajo temporal que vinculaba a las partes se acoge a la modalidad de obra o servicio determinado y en la sentencia se declara que desde principios de 1996 dejó de realizarse el programa objeto del mismo, es obvio que en un momento u otro la empleadora habría de adoptar la decisión de darlo por finalizado, como es práctica habitual en los organismos públicos que incurren en la concertación de contratos temporales en fraude de ley que necesariamente han de rescindir ulteriormente, sin que pueda realmente exigirse una justificación mayor o adicional de los motivos de la resolución cuando el contrato temporal es manifiestamente fraudulento precisamente porque la obra o servicio es inexistente. Y aunque ciertamente se produce una relativa inmediatez entre el embarazo y el cese, los razonamientos hasta ahora expuestos nos llevan a considerar que este dato es tan solo una mera coincidencia que no puede ser elevada a la categoría de indicio suficiente de discriminación, cuando no consta que la empleadora realmente hubiere tenido la oportunidad de conocer que la trabajadora se encontraba embarazada antes de notificarle el cese, y las circunstancias ya apuntadas sobre su naturaleza de organismo público y la composición de su plantilla inciden aún más en esta consideración".

6. Las razones de la decisión son, en resumen, las siguientes: a) el carácter público del Instituto demandado y la composición de su plantilla, mayoritariamente femenina; b) la diferenciación entre el hecho probado (la actora comunicó el embarazo a sus compañeros) y el hecho determinante a probar y no acreditado fehacientemente según el Tribunal Superior de Justicia (que el empleador conociera el embarazo en el momento extintivo, sobremanera teniendo en cuenta la lentitud propia de las decisiones en el ámbito administrativo); c) la inexistencia de antecedentes de discriminación en el Instituto municipal, y en ese sentido la ineficacia probatoria de las declaraciones de testigos sobre una resolución contractual precedente, y d) el carácter imprescindible de la ejecución del cese, pues la Administración tiene obligación de poner fin a situaciones contractuales fraudulentas que haya previamente provocado.

Pues bien, esa interpretación no es conforme a los derechos y valores constitucionales en juego (STC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 4), como se confirma a la vista de los datos de los que nace la discrepancia entre los órganos judiciales. Para ello es ilustrativo traer a colación algunos elementos que se encuentran en las actuaciones y que sirven para concretar el contenido de los hechos probados cuarto y quinto, referentes principales de la divergencia judicial en la resolución del litigio y a los que nuestro enjuiciamiento, en todo caso, debe someterse. En los autos se verifica que en las testificales practicadas en el acto del juicio -que expresamente consideró creíbles al juzgador a quo ante el que se realizaron con vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediatez y publicidad- declaró una compañera de trabajo de la demandante, relatando lo acontecido en una extinción anterior y confirmando el

conocimiento del embarazo de la Sra. Núñez en el centro de trabajo. Se comprueba también que la jefa del servicio de recursos humanos del IMEB, aunque negaba haber tenido noticia del embarazo de la actora y desmentía toda relación de su estado de gestación con la extinción, concedía (ratificándose en documentos obrantes en autos) que el proyecto NOW por el cual fue contratada la recurrente no llegó a finalizar según estaba previsto, toda vez que en abril de 1996 se denegó la financiación para el período 1995-1997 por la Unidad Administradora del Fondo Social Europeo, habiendo realizado la demandante otros trabajos desde esa fecha. La Secretaria de la anterior declaró que en diciembre de 1997 se conocía su embarazo en la empresa. La Jefa del servicio de investigación e innovación educativa del Instituto ratificaba la declaración que realizó con ocasión de la apertura de una información reservada en el Instituto, a raíz de la demanda de la actora, en la que aseveró que conocía el embarazo de la trabajadora desde mediados de diciembre de 1997. Se aportaron a autos otras declaraciones efectuadas en esas comparecencias, por ejemplo la de la directora de los servicios educativos del IMEB, que decía haber tenido noticia del embarazo en fechas próximas a la extinción, o la de la jefa del programa de evaluación educativa del Instituto, que supo del estado de gestación desde la primera quincena del mes de diciembre de 1997, cosa que refrendó con su testimonio en el juicio oral. Así, el juzgador a quo parte de lo siguiente: conocimiento del embarazo en el centro de trabajo, conexión temporal entre embarazo y cese, y desconexión entre cese y finalización del programa que motivó la contratación.

Frente a ello, el Tribunal Superior de Justicia se opuso a la inferencia realizada por el juzgador a quo, negando la aportación de indicios por la demandante. Sus razones, sin embargo, son inatendibles. En primer lugar, el carácter público del organismo contratante no es argumento suficiente para colegir la inexistencia de lesión, marginando el funcionamiento de las reglas de distribución de la carga de la prueba propias de la prueba indiciaria en el proceso laboral. Las SSTC 48/2002, de 25 de febrero, 84/2002, de 22 de abril, y 114/2002, de 20 de mayo, por ejemplo, son claros exponentes de la obligación de la Administración de acreditar la regularidad de sus actos cuando se ha ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental, lo mismo que es lugar común, como ya se dijo en las SSTC 127/1987, de 16 de julio, o 166/1988, de 26 de septiembre, que la prohibición de discriminación opera en forma más intensa cuando se trata, como aquí ocurre, de un empleador de carácter público "que ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE), sin asomo alguno de arbitrariedad (art. 9.3 CE)" (STC 48/2002, de 25 de febrero). En ese sentido, decíamos en la STC 114/2002, de 20 de mayo, que el margen de discrecionalidad que es característico de las decisiones administrativas en materia de autoorganización de sus servicios no modifica la exigencia de esa carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales, aunque se aceptara que aquéllas no precisaran ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales. Esa dirección interpretativa se confirma en otros referentes normativos, entre los que despunta la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que explícitamente establece que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos.

Algo semejante hay que decir en cuanto al último de los fundamentos de la Sentencia impugnada. En efecto, la existencia de un fraude en la contratación no justifica constitucionalmente el cese si tras él subyace un empleo discriminatorio de la causa

extintiva, siendo exigible al demandado como en cualquier otro caso, si se ha ofrecido un panorama indiciario, la prueba de que la medida fue ajena a la vulneración del derecho fundamental. Y es que, al margen del efecto legal que posea la concurrencia del fraude declarado, cuando se ha aportado un indicio de vulneración constitucional no nos moveremos ya en el plano de la legalidad ordinaria, en el que la extinción de un contrato temporal por la llegada de su término final puede operar como causa de finalización de la relación laboral [art. 49.1 c) LET], perteneciendo la medida al ámbito de la libertad de contratación del empleador salvo que otra cosa se deduzca de los pactos y convenios colectivos a cuyo carácter imperativo y fuerza vinculante se encuentre sujeto. Al contrario, en ese escenario la cuestión radicará en discernir si el cese constituyó realmente una extinción consensual (por vencimiento del término pactado) o si respondió a una vulneración del derecho fundamental aducido (aquí la prohibición de discriminación), debiendo realizarse nuestro control superando los meros planos de la legalidad para confrontar en el caso concreto el acto extintivo de la empresa con el precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y cuyo predominio debe quedar garantizado, pues, incluso si concurriera causa legal para proceder a la extinción, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre, o 173/1994, de 7 de junio).

El argumento relativo a la composición de la plantilla resulta igualmente inaceptable. En primer lugar porque no está en cuestión una discriminación por razón de sexo no adjetivada sino otra cualificada por embarazo, y porque el quantum de contratación de mujeres no excluye por defecto una discriminación singular. Criterio este que puede extenderse también a otro de los razonamientos de la Sala de lo Social, aquél según el cual la discriminación no era previsible porque no se habrían producido con anterioridad otras situaciones que pudieran ser caracterizadas en el Instituto demandado como discriminatorias por razón de embarazo. En lo concreto, debemos añadir que no existió valoración alguna de la naturaleza jurídica de las relaciones de referencia ni de su incidencia en el signo de la composición de la plantilla del Instituto. No se olvide que la trabajadora recurrente estaba vinculada con un contrato de trabajo temporal y que resultaba posible, como alega, que fueran factores ajenos al sexo los determinantes de la composición mayoritariamente femenina del personal del Instituto, por ejemplo el mérito y la capacidad acreditada en pruebas de acceso a la condición funcionarial.

El factor clave de la resolución impugnada es otro. En los hechos probados el juzgador no hace constar el conocimiento del embarazo por parte del empleador, limitándose a afirmar que la trabajadora dio cuenta de su estado a sus compañeros de trabajo, sin recoger, explícitamente, que la noticia fuera de público conocimiento ni que existieran otros hechos de los que derivar que aquél hubiera llegado a los rectores de la institución que tomaron el acuerdo de cesarla. El conocimiento del embarazo por parte de quienes adoptaron la decisión extintiva no ha sido, por tanto, declarado probado de forma expresa, a pesar de resultar fuertemente indicativo que admitieran tener noticia de aquél personas con cargos de entidad en el organismo. Sea como fuere, el silencio de los hechos sobre esa circunstancia no es por sí solo suficiente para rechazar la existencia de un panorama indiciario, pues concurren otros datos que permiten deducir la probabilidad de la lesión, sobre todo cuando el desconocimiento empresarial del embarazo tampoco fue declarado (a diferencia de lo que sucedía, por ejemplo, en el caso de nuestra STC 41/2002, de 25 de febrero) y cuando no es exigible la comunicación al empresario, al pertenecer al ámbito de la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 CE). En este sentido, la ya citada STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark, declaraba que la trabajadora no está obligada a informar al empresario de su estado cuando éste no precisa tener noticia para el cumplimiento de sus obligaciones. Por lo demás, la normativa aplicada carecía de precisiones en el momento de acaecer los hechos en torno a dicha comunicación como condicionante de

la protección de la trabajadora embarazada, lo que debería haber sido tomado en consideración por el Tribunal Superior de Justicia.

En suma, está fuera de controversia que la gestación se conocía en el centro de trabajo; queda también al margen de toda duda la correlación y proximidad temporal entre el conocimiento en el centro de trabajo de ese hecho y la extinción (circunstancia relevante según nuestras SSTC 87/1998, de 21 de abril; 101/2000, de 10 de abril; 214/2001, de 29 de octubre; 84/2002, de 22 de abril, o 114/2002, de 20 de mayo), y resulta incontrovertible la desconexión temporal entre el cese (acordado en 1998) y el momento en el que se verificó la causa legal que hubiera habilitado regularmente la ruptura contractual -muy anterior en el tiempo, en 1996, cuando se tuvo constancia de la finalización de la financiación del programa NOW que justificó la contratación de la Sra. Núñez. Los dos primeros son factores que generan una fuerte apariencia de probabilidad de la lesión, mientras que el último de los citados representa un elemento que no hace sino reforzar la duda generada por la conexión temporal, dado que, no habiéndose producido la ruptura contractual en todo ese período previo (entre 1996 y 1998), la consumación de la extinción concurrente el embarazo, al calor de su conocimiento en el centro de trabajo, implica un poderoso exponente de la posible vulneración del derecho fundamental. Si bien es cierto que la circunstancia de que el acto extintivo sea improcedente, al carecer de causa, no implica por defecto que sea además discriminatorio, al no derivar automáticamente de su antijuridicidad la vulneración constitucional (SSTC 135/1990, de 19 de julio, o 41/2002, de 25 de febrero), también es indudable que ese elemento añade seriedad al panorama indiciario ofrecido por la trabajadora.

Frente a esos indicios indebidamente desechados en el grado jurisdiccional de suplicación, declaraba razonadamente la Sentencia de instancia que el IMEB no aportó una justificación suficiente de la causa real que le llevó a resolver la relación laboral, desconectándola por completo del embarazo, como exige nuestra jurisprudencia. Ciertamente, la invocación de la causa extintiva por finalización del programa NOW no tiene aptitud para contrarrestar el panorama indiciario derivado del relato de hechos probados (señaladamente de su ordinal cuarto, que establece que la prestación laboral de la actora sólo eventualmente tuvo por objeto las actuaciones propias del programa NOW) ni tampoco es suficiente para neutralizar las circunstancias y conexiones temporales concurrentes, hasta el punto que otra interpretación permitiría al empresario utilizar a su antojo -valiéndose de ellas con una finalidad inconstitucional- las causas legales previstas para la extinción de los contratos de trabajo, haciéndolas efectivas no en el momento histórico en el que se concretaron sino en cualquier tiempo posterior y con aquella finalidad ilícita. Entonces, no cumplió el IMEB con su obligación probatoria consistente en acreditar que fueron otras las causas motivadoras de la decisión, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador del derecho fundamental aducido. Siendo así, debemos establecer que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia impugnada en amparo no cumplió las exigencias de la doctrina constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba en los supuestos en que se invoca y acredita la existencia de un indicio de lesión del derecho fundamental de la trabajadora en la actuación empresarial y, por consiguiente, no reparó -y lesionó, por tanto- el derecho de la recurrente a no sufrir discriminación por razón de su embarazo (art. 14 CE).

Quedan al margen de esa conclusión las consecuencias que lleven aparejadas las intervenciones legislativas que se han producido con posterioridad a los hechos enjuiciados y siguiendo las prescripciones del ordenamiento comunitario, aprobando una reforma para dar una protección singular frente a la finalización del contrato de trabajo de la mujer embarazada o en permiso de maternidad. Nuestra decisión, por

razones de congruencia, resulta de la aplicación de la doctrina constitucional sobre la prueba en el proceso laboral, omitiéndose por tanto (vistas las circunstancias concurrentes, el signo de la resolución impugnada y el momento normativo al que responde esa decisión judicial) el efecto y las repercusiones de esa estrenada protección legal en supuestos distintos, con exclusión en su caso de la dinámica de la prueba indiciaria en las situaciones regidas por la prohibición legal de extinción contractual.

7. Las consideraciones que anteceden conducen a la estimación del amparo y sólo resta determinar el alcance de los pronunciamientos previstos en el art. 55 LOTC. En este sentido, toda vez que la Sentencia de instancia declaró la nulidad del despido por lesión del derecho fundamental a la no discriminación de la Sra. Núñez, bastará para restablecer a ésta en la integridad de su derecho con anular la Sentencia de suplicación impugnada, declarando la firmeza de la Sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Patricia Núñez Pascual y, en su virtud:
1º Reconocer el derecho de la demandante a no ser discriminada por razón de sexo.

2º Anular la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 8 de febrero de 1999, recaída en el recurso de suplicación núm. 5759/98, lo que implica la firmeza de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona el 24 de abril de 1998, dictada en los autos núm. 245/98.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a treinta de enero de dos mil tres.

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003 de 10 de febrero de 2003 TOLDOCS: 239218

Sala Segunda. Recurso de amparo 4400/99. Promovido don Atilano Magadán García frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo y de un Juzgado de lo Penal que le condenaron por delitos de tenencia ilícita de armas de fuego y de amenazas.

Voto particular que formula el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez respecto del fallo y la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada.

Comentario de Pablo Pérez Tremps.

- Esta sentencia, tras resumir la doctrina sobre el derecho a la **inviolabilidad del domicilio**, determina que la entrada policial en el domicilio autorizada por el cónyuge no es constitucionalmente suficiente para hacer legítima dicha entrada si se produce en el seno de la investigación de un delito cuya víctima es precisamente quien autoriza la entrada.

TEXTO DE LA SENTENCIA

Preámbulo

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 4400/99, promovido por don Atilano Magadán García, representado por el Procurador de los Tribunales don José Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don José Montes Laviana, contra Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 30 de septiembre de 1999, que ratifica en apelación la dictada en primera instancia por el Juez de lo Penal núm. 2 de Gijón, de fecha 13 de abril de 1999, que condenó al Sr. Magadán García como autor de un delito de amenazas y otro de tenencia ilícita de armas de fuego. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Tomás S. Vives Antón, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. El día 26 de octubre de 1999 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito, firmado por la representación del demandante, mediante el cual se

interpone recurso de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso, relevantes para su resolución, son los siguientes:

a) Según consta en los hechos probados de la Sentencia del Juez de lo Penal núm. 2 de Gijón, "el día 19 de junio de 1997, cuando el acusado regresó a su domicilio ... y sin mantener ningún tipo de conversación con su esposa e hijo, sacó del armario donde tenía guardadas las armas una escopeta marca Beretta, calibre 12, para la que posee la correspondiente guía de pertenencia, y como quiera que su mujer se había encerrado en la habitación del hijo de ambos, después de que éste intentara calmar a su padre y que depusiese su actitud, disparó dos veces contra la puerta, logrando así abrirla, produciéndose entonces un forcejeo entre ambos hasta que Magdalena consiguió arrebatarse el arma".

"En la diligencia de inspección ocular realizada momentos después por la policía con autorización y en presencia de madre e hijo, le fue hallada al acusado, además de otras armas debidamente legalizadas, una pistola marca Star, calibre 7,65 y una caja con 22 cartuchos del mismo calibre para la que no tenía guía de pertenencia, arma que presenta un estado de conservación y funcionamiento correctos".

b) En el acta del juicio oral consta que la defensa del acusado planteó la vulneración del art. 18.2 CE, alegando que el registro fue realizado sin autorización judicial y sin presencia del acusado, y sin que se tratase de un delito flagrante, porque la policía intervino cuando el acusado salió de su casa. Por ello el registro es nulo de pleno derecho, así como también resultan nulas las actuaciones subsiguientes. El Juez desestimó la cuestión porque la policía entró con la esposa del acusado, efectuando protesta la defensa a efectos de recurso.

c) Por los citados hechos el recurrente fue condenado, como autor de un delito de amenazas del art. 169.2 CP y un delito de tenencia ilícita de armas del art. 564.1 CP, a la pena de un año de prisión por cada uno de ellos, así como al abono de las costas y al comiso de las armas citadas.

d) Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación, alegando el recurrente vulneración del art. 18.2 CE, porque la entrada y registro en el domicilio se realizó sin autorización judicial, sin darse un supuesto de delito flagrante y sin consentimiento del acusado, que se encontraba detenido en esos momentos, tras haber salido voluntariamente del domicilio conyugal.

e) El recurso fue desestimado por Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha 30 de septiembre de 1999, que, respecto de la vulneración del art. 18.2 CE, manifiesta en su fundamento de Derecho segundo que "la diligencia se practicó con la presencia de la esposa y del hijo del acusado, los que estaban en la vivienda -morada de todos ellos- debiendo señalarse al respecto que el ☐interesado☐ cuya presencia en el registro exige el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es necesariamente la persona imputada, sino el titular del domicilio registrado, cuyo interés afectado es el inherente a la intimidad y privacidad domiciliaria que se sacrifica con tal diligencia... sin perjuicio del derecho que al imputado corresponda en su condición de tal a intervenir en la práctica de las diligencias sumariales, aquel titular será el que deba estar presente en el registro -y quien debe consentir en su caso la entrada- aunque no sea imputado, y en caso de serlo por ser precisamente el titular de la morada, al margen de sus derechos que como imputado tenga". Por ello entiende que la diligencia se hizo sin infracción del art. 569 LECrim, "al contar con la presencia de la esposa del recurrente, siendo como era titular, en igualdad con éste, de la morada común", cumpliéndose la exigencia de presencia del interesado.

3. La demanda de amparo invoca la vulneración del art. 18.2 CE (derecho a la inviolabilidad del domicilio), dado que la entrada y el registro domiciliario practicado por la policía se produjeron fuera de los supuestos en que la Constitución habilita para ello, pues ni existía situación de flagrante delito, ni hubo autorización judicial previa, ni consentimiento del titular, ya que él no lo prestó y el consentimiento prestado por otros miembros de su familia (su esposa e hijo, a la sazón denunciantes y con interés directo y subjetivo en la acusación y condena) no puede considerarse suficiente. Entiende el recurrente que el concepto de titular a efectos de prestar el consentimiento a la entrada y registro domiciliario previsto en el art. 18.2 CE debe ser interpretado restrictivamente (y no en sentido amplio, como hacen las resoluciones recurridas), de forma que sólo aquél que, siendo morador, es objeto de la investigación en virtud de la cual se realiza la intromisión puede otorgarlo. Titular del domicilio y su familia son conceptos contrapuestos y excluyentes entre sí, en expresión textual de la STC 133/1995, FJ 4.

Igualmente se invoca la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haber reconocido las resoluciones judiciales la validez de una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales y por basarse la condena, respecto del delito de tenencia ilícita de armas, exclusivamente en las pruebas obtenidas en dicho registro domiciliario.

En virtud de lo expuesto se solicita la declaración de nulidad de las Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo de las que se hace mérito en el encabezamiento.

4. Por providencia de 9 de junio de 2000 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder un plazo común de diez días al demandante de amparo y al Ministerio público para realizar alegaciones en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda.

5. El Fiscal presentó sus alegaciones el día 26 de junio de 2000, interesando la inadmisión de la demanda. Entiende el representante del Ministerio público que, por un lado, la intervención se produjo en un caso de delito flagrante (pues las fuerzas policiales fueron testigos del delito que se cometió cuando oyeron los disparos) y ello les hubiera permitido la intervención por concurrir urgente necesidad de incautar los instrumentos o efectos del delito inmediatamente cometido. Y, por otra parte, la entrada se verificó a requerimiento, con consentimiento y presencia de la esposa e hijo del recurrente, que eran titulares de la vivienda, sin que éstos hayan cuestionado en modo alguno su realización.

6. Mediante escrito que tuvo su entrada en este Tribunal el día 28 de junio de 2000 la representación procesal del recurrente presentó sus alegaciones, reiterando sustancialmente lo expuesto en la demanda de amparo y solicitando la admisión a trámite de ésta.

7. Por providencia de 22 de febrero de 2000 la Sala Segunda acordó admitir a trámite la demanda de amparo, así como requerir a la Audiencia Provincial de Oviedo y al Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón la remisión de testimonio de las actuaciones, interesando al mismo tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que pudieran comparecer en el proceso constitucional en el plazo de diez días.

8. Mediante diligencia de ordenación de fecha 19 de abril de 2001 se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio público, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar alegaciones.

9. El día 7 de mayo de 2001 se presentaron las alegaciones del demandante de amparo, quien de nuevo reitera sustancialmente lo alegado en la demanda y solicita el

otorgamiento del amparo. Destaca en sus alegaciones que la situación producida en el caso no puede identificarse con un delito flagrante (por cuanto la entrada y registro se produjeron cuando el señor Magadán García ya estaba detenido en los calabozos de la comisaría de policía) y en que no existió consentimiento del titular, que era exclusivamente el recurrente, y no su familia, parte denunciante en los hechos enjuiciados. Cita en apoyo de su tesis la STS de 14 de noviembre de 2000, la cual en su fundamento de Derecho primero, afirma que, en los casos de matrimonios o parejas de hecho, el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho individual, cuya titularidad reside tanto en uno como en otro componente de la pareja que convive en un mismo domicilio, cuyo ejercicio es personalísimo, sin que exista posibilidad en esta materia de que uno de los cónyuges pueda atribuirse la representación del otro.

10. Finalmente, el 21 de junio de 2001 formuló sus alegaciones el Ministerio público, el cual solicita la denegación del amparo.

Considera el Fiscal que no se ha producido vulneración del art. 18.2 CE, porque la intervención policial se llevó a cabo concurriendo la condición de delito flagrante (la policía actuó con inmediación al percibir la comisión de un ilícito por el demandante) y la necesidad y urgencia de la intervención policial, pues se trataba de comprobar el estado de un miembro de la familia, del que se ignoraba si había sido objeto de ataque, y de proceder a la recogida del instrumento de un posible delito, un arma de fuego cuya manipulación podía entrañar peligro y que debía ser custodiada. Toda la actuación policial se encaminó a estas tareas, sin que se recogiera efecto alguno en el inmueble que no guardase conexión con el ilícito anteriormente cometido y sin que la recogida de la totalidad de armas de fuego pueda tildarse de inadecuada, dada la naturaleza de los hechos acaecidos y su indudable gravedad, más en los primeros instantes. Asimismo ha de observarse que toda la actuación policial se produjo en presencia y con evidente autorización de los titulares del domicilio, uno de los cuales había sido la víctima de los hechos.

Añade la representación del Ministerio público que, aun en la hipótesis de que existiera vulneración del 18.2 CE, existiría prueba de cargo suficiente en la que fundamentar la condena por el delito de tenencia ilícita de armas, pues la pistola por cuya tenencia fue condenado el demandante de amparo fue hallada efectivamente y existe (STC 161/1999), y sobre su hallazgo han declarado de forma reiterada y unánime, tanto en la instrucción como en el plenario, el hijo y la esposa (sin que exista nexo de antijuridicidad entre dicho testimonio y el hallazgo de la pistola), cuyos testimonios en gran medida resultan coincidentes con los del recurrente.

11. Por providencia de 6 de febrero de 2003, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 10 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Las cuestiones sobre las que se centra el debate planteado en el presente recurso de amparo son las de determinar si, como entiende el recurrente, el registro de su vivienda, efectuado por miembros de la policía judicial, una vez que él había sido detenido y trasladado a la comisaría, sin que mediara autorización judicial ni su consentimiento, sino tan sólo el de otros miembros de su familia, vulneró o no el art. 18.2 CE, y si, de haberse producido esta vulneración, deben también apreciarse o no las de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que el recurrente anuda a la anterior.

Los órganos judiciales rechazaron la existencia de una vulneración del art. 18.2 CE basándose en la suficiencia del consentimiento de la esposa y el hijo del recurrente, ambos moradores de la vivienda, de la que la esposa era también titular. El Ministerio

público considera, igualmente, que no se ha producido la vulneración denunciada, añadiendo al argumento utilizado por los órganos judiciales el de la existencia de flagrante delito y la necesidad y urgencia de la actuación policial.

2. Nuestro análisis debe partir, por tanto, del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el art. 18.2 CE y en la jurisprudencia constitucional, precisando tanto el objeto de su protección como sus límites.

Conviene comenzar recordando la conexión que nuestra jurisprudencia establece entre la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad. Desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2, hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio es "una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona".

Por ello, aunque el objeto de protección de la inviolabilidad domiciliaria no es sólo un espacio físico, en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6; 10/2002, de 17 de enero, FFJJ 5 y 6) hemos reconocido también su titularidad a las personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 de octubre), de las que no cabe afirmar que posean intimidad personal y familiar (ATC 257/1985, de 17 de abril, FJ 2).

3. Por otra parte hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera define su "inviolabilidad", que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte "exento de" o "inmune a" cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, que supone una aplicación concreta de la primera, establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliar (constituyendo ésta última la interdicción fundamental, de la que la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental), disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5).

De modo que el contenido del derecho es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro.

4. También hemos afirmado que los límites que la Constitución española establece al ámbito de la inviolabilidad domiciliaria tienen un carácter rigurosamente taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3), a diferencia de otras regulaciones constitucionales que, aun reconociéndola, se remiten, para las excepciones al respecto, a los casos y a las formas establecidas por la ley (así, el art. 14 de la Constitución italiana), o aceptan la posibilidad de que órganos no judiciales acuerden la entrada forzosa en un domicilio en supuestos de urgencia (así, el art. 13.2 de la Ley Fundamental de Bonn).

"Por el contrario, en el caso de la Constitución española, y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo art. 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular, y de flagrancia delictiva ... se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial. La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho,

y no -como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución- a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos" (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8).

En estrecha conexión con lo anterior hemos declarado que la resolución judicial sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma (SSTC 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 139/1999, de 22 de julio, FJ 2; en idéntico sentido, SSTC 290/1994, de 27 de octubre, FJ 31; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 34; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10; 8/2000, de 17 de enero, FJ 4). Esa exigencia de motivación constituye la vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como "garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental" (STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10, y citándola STC 8/2000, de 17 de enero, FJ 4).

Nuestra jurisprudencia establece, por tanto, como regla general, que, a falta de consentimiento del titular el acceso al domicilio inviolable se posibilite únicamente sobre la base de una resolución judicial debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad, y cuyo objeto es preservar y proteger el derecho rodeándolo de una serie de garantías. La exigencia de la garantía judicial decae únicamente en caso de flagrante delito.

La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente supuesto debe partir de que no existió autorización judicial (algo que nadie discute), por lo que debemos determinar si (como entendieron los órganos judiciales) existió consentimiento del titular o (como entiende el Ministerio Fiscal) nos encontramos ante un caso de flagrante delito, pues si así fuera, y aunque los órganos judiciales hayan esgrimido otras razones, conforme a lo anteriormente expuesto no se habría vulnerado el derecho consagrado en el art. 18.2 CE.

5. Comenzando por la cuestión de la flagrancia hay que reconocer que, ciertamente, la actuación policial se produjo ante un delito flagrante de amenazas, puesto que los dos policías que inicialmente acudieron al citado domicilio lo hicieron ante la llamada de una mujer, a la que el recurrente (su marido) estaba amenazando con un arma de fuego en el interior del domicilio conyugal, y oyeron personalmente los disparos. Por tanto en ese momento la flagrancia del delito habría legitimado la entrada en el domicilio. Incluso cuando, tras haber salido la mujer de la casa y tras haberse entregado el recurrente (ya consumado el delito), los policías entraron en la vivienda a comprobar la situación y observaron los impactos de los disparos esa entrada estaba amparada por la existencia de flagrante delito.

Ahora bien, el registro no se produjo en ese momento, sino en otro posterior, cuando los primeros agentes habían ya abandonado el lugar de los hechos, llevándose al recurrente detenido y una segunda unidad de la policía judicial, autorizada y acompañada por la mujer y el hijo, intervino no sólo la escopeta con la que se habían efectuado los disparos (que se encontraba debajo de un colchón), sino otra serie de armas que se encontraban en un altillo y entre las que se hallaba la pistola. Así se desprende de las actuaciones y, especialmente del testimonio de la mujer y de los agentes de la policía. Y en este segundo momento puede afirmarse que ya no existía un delito flagrante o que [en palabras de la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9 c)] "aunque la detención del recurrente se produjera de forma inmediata tras la percepción sensorial directa de los policías ... de un episodio que puede calificarse de flagrante delito, sin embargo, la flagrancia del mismo cesó".

En definitiva, la flagrancia autorizaba la entrada y registro respecto del delito flagrante (pues la flagrancia se predica del delito y autoriza la excepcional intervención policial respecto de ese delito, y no cualquier otra, salvo los casos de hallazgo casual o inevitable) y en tanto en cuanto existiera aún tal situación y la necesidad y urgencia de la intervención policial en relación con el mismo. Habiendo cesado la situación de flagrancia delictiva, la posterior actuación policial excede del ámbito de injerencia autorizado por dicha flagrancia.

6. Descartado, por tanto, que la actuación policial esté amparada por la flagrancia del delito, debemos examinar a continuación si no era necesaria la autorización judicial para el registro efectuado en la medida en que se prestó consentimiento para la práctica de éste por la esposa del recurrente.

Los órganos judiciales entendieron que era suficiente la presencia y autorización de la esposa, titular del domicilio registrado junto con el recurrente, realizando así una interpretación de la legalidad según la cual el interesado cuya presencia en el registro exige el art. 569 LECrim es el titular del domicilio registrado, aunque no sea el imputado (o uno de los imputados) en las actividades presuntamente delictivas de las que trae causa la intervención policial. Esa interpretación es acorde con la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo que ha venido entendiendo que el consentimiento de otros moradores distintos del acusado o imputado legitima el registro domiciliario, por más que, con posterioridad a la resolución aquí enjuiciada, se haya producido alguna resolución discrepante.

No nos corresponde decidir cuál es la interpretación correcta de la legalidad ordinaria, pero sí determinar si la efectuada en el caso resulta admisible desde la perspectiva del derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 CE. Por tanto nuestro análisis se centrará en la determinación de quién puede consentir una entrada y registro policial, a los efectos del citado art. 18.2, en los supuestos de cotitulares del domicilio de igual derecho y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga, cuestión que no ha sido abordada expresamente en nuestra jurisprudencia.

7. Para solventar ese problema ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquél con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En definitiva, esa convivencia determinará de suyo ciertas modulaciones o limitaciones respecto de las posibilidades de actuación frente a terceros en el domicilio que se comparte, derivadas precisamente de la existencia de una pluralidad de derechos sobre él. Tales limitaciones son recíprocas y podrán dar lugar a situaciones de conflicto entre los derechos de los cónyuges, cuyos criterios de resolución no es necesario identificar en el presente proceso de amparo.

Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes.

A esa situación normal parece responder el texto expreso de la Constitución española. En efecto, el artículo 18.2 CE, tras proclamar que el domicilio es inviolable, declara que "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o autorización judicial", excepto en los casos de flagrante delito.

De modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para

autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho.

8. Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.

Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido.

9. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso sometido a nuestro enjuiciamiento nos conduce a declarar que el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE.

Como hemos venido exponiendo la actuación policial inicial estaba inicialmente legitimada por la flagrancia del delito de amenazas que el recurrente cometió contra su cónyuge en el propio domicilio. No obstante, una vez detenido el recurrente, a salvo la víctima y comprobada la situación tras la primera inspección ocular realizada en la vivienda por los agentes policiales que practicaron la detención, las actuaciones policiales posteriores requerían, bien el consentimiento del afectado (que se encontraba a disposición de la fuerza pública, al hallarse detenido), bien la autorización judicial que, como hemos visto, no resultaba excluida por la flagrancia. Sólo de uno u otro modo se hubiera respetado el equilibrio de los intereses en juego conforme a la ponderación de éstos llevada a cabo por la propia Constitución, sin que pueda estimarse válido el consentimiento prestado por la esposa que, al ser víctima del delito, tenía intereses contrapuestos a los del recurrente en el proceso penal.

En resumen, la policía no demandó al recurrente su consentimiento tras haber sido detenido, ni solicitó autorización judicial, habiendo podido hacerlo sin perjuicio para la investigación ni para la víctima, pues la necesidad de una intervención inmediata había desaparecido tras la actuación inicialmente desarrollada. Por el contrario se conformó con el consentimiento prestado por la esposa, que ciertamente era cotitular del domicilio, pero que (conforme a la doctrina anteriormente expuesta) no estaba legitimada para prestarlo válidamente permitiendo, en un proceso penal instruido por delito del que era víctima, un registro sobre las pertenencias del acusado orientado a la obtención de pruebas incriminatorias contra él. Por lo tanto es necesario concluir que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE).

10. A partir de esta declaración debemos cuestionarnos cuáles son los efectos que tal vulneración tiene en el proceso.

Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aun cuando la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y que, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo", debe considerarse prohibida por la

Constitución (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5 y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4).

La prohibición de valoración apuntada atañe tanto a la prueba directamente obtenida como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental cuanto a la derivada de ella. Al respecto debe destacarse que el sistema de excepciones en que se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, se refiere, en principio, a la prueba derivada o refleja, y su razón de ser, como expresamente establecimos en STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, es que "tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)".

Por tanto, hemos de partir, en principio, de la ilicitud constitucional de las pruebas ligadas a la vulneración del derecho fundamental de modo directo, pues, como señalamos en la STC 49/1999, de 5 de abril, "la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental".

En el mismo sentido, en la STC 94/1999, de 31 de mayo, afirmamos que "cuando el medio probatorio utilizado constituye una materialización directa de la vulneración del derecho y pretende aducirse en un proceso penal frente a quien fue víctima de tal vulneración pueden ya, por regla general, afirmarse en abstracto -esto es, con independencia de las circunstancias del caso- tanto la necesidad de tutela por medio de la prohibición de valoración (sin la cual la preeminencia del derecho fundamental no quedaría debidamente restablecida) como que la efectividad de dicha prohibición resulta indispensable para que el proceso no quede desequilibrado en contra del reo a causa de la limitación de sus derechos fundamentales" (FJ 6). En el supuesto analizado en dicha resolución se estimó que las pruebas que se aducían (acta donde se recogió el resultado de la entrada y registro y declaraciones policiales y de los testigos) eran materialmente inseparables de la vulneración de la inviolabilidad del domicilio, dado que la entidad de la vulneración se estimó máxima (FJ 7), pues, en el caso allí analizado la necesidad de autorización judicial era obvia.

No es eso, sin embargo, lo que aquí sucede, ya que desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la

creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.

11. Ese rechazo determina que hayan de desestimarse las vulneraciones relativas al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

En efecto, no cabe hablar de que se haya vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías pues, en este caso, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente. El estatuto del imputado no hubiera podido impedir que la prueba se hubiera obtenido actuando conforme a la Constitución y, así las cosas, no cabe decir que haya sufrido desconocimiento alguno del principio de igualdad de armas. Igualmente, reconocer la validez de la prueba en virtud de la que fue condenado implica desestimar la alegada vulneración de la presunción de inocencia.

Esto sentado, la estimación de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio determina la declaración consiguiente que, a efectos de reparación por parte de este Tribunal, es bastante.

F A L L O

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Atilano Magadán García y, en consecuencia:

1º Declarar que ha sido vulnerado el derecho del recurrente a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).

2º Desestimar el amparo en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a diez de febrero de dos mil tres.

Voto particular que formula el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez respecto del fallo y la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4400/99.

A) El voto particular que se formula corresponde al contenido de la propuesta de Sentencia presentada ante la Sala y desestimada por la mayoría de los Magistrados integrantes de ésta.

Haciendo uso de la facultad atribuida a los Magistrados del Tribunal Constitucional por el apartado 2 del art. 90 LOTC reflejo en este Voto particular mi discrepancia, defendida en la correspondiente deliberación de la Sala, respecto de la

fundamentación jurídica y el fallo de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4400/99.

La discrepancia indicada, que me llevó a no conformarme con el voto de la mayoría y a presentar una propuesta alternativa de la resolución a adoptar, se formula, desde luego, con el debido respeto a la opinión mayoritaria de los componentes de la Sala, cuyo criterio merece siempre mi más alta consideración. Su contenido resulta de los términos de la propuesta de Sentencia que seguidamente se transcribe, propuesta que en su momento presenté y defendí ante la Sala sin obtener la aprobación de la mayoría de los Magistrados que la integran.

B) Fundamentación jurídica de la propuesta de Sentencia que no obtuvo el apoyo mayoritario de los Magistrados integrantes de la Sala.

1. Las cuestiones sobre las que se centra el debate planteado en el presente recurso de amparo son las de determinar si, como entiende el recurrente, el registro de su vivienda, efectuado por miembros de la policía judicial, una vez que él había sido detenido y trasladado a la comisaría, sin que mediara autorización judicial ni su consentimiento, sino tan sólo el otros miembros de su familia, vulneró o no el art. 18.2 CE, y si, de haberse producido esta vulneración, deben también apreciarse o no las de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que el recurrente anuda a la anterior.

Los órganos judiciales rechazaron la existencia de una vulneración del art. 18.2 CE basándose en la suficiencia del consentimiento de la esposa y el hijo del recurrente, ambos moradores de la vivienda, de la que la esposa era también titular. El Ministerio público considera, igualmente, que no se ha producido la vulneración denunciada, añadiendo al argumento utilizado por los órganos judiciales el de la existencia de flagrante delito y la necesidad y urgencia de la actuación policial.

2. Nuestro análisis debe partir, por tanto, del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el art. 18.2 CE y en la jurisprudencia constitucional, precisando tanto el objeto de su protección como sus límites.

Conviene comenzar recordando la conexión que nuestra jurisprudencia establece entre la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad. Desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2, hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio es "una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello, existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 de la Constitución)". En el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5).

A partir de esta constatación hemos declarado que el domicilio constitucionalmente protegido es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerciendo su libertad más íntima (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5), por lo que el objeto de protección no es tanto un espacio físico, en si mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6; 10/2002, de 17 de enero, FFJJ 5 y 6).

3. Por otra parte hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera define su "inviolabilidad", que constituye una auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como

garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte "exento de" o "inmune a" cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, que supone una aplicación concreta de la primera, establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliario (constituyendo ésta última la interdicción fundamental, de la que la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental), disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5).

De modo que el contenido esencial del derecho es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro.

4. También hemos afirmado que los límites que la Constitución española establece al ámbito de la privacidad domiciliaria tienen un carácter rigurosamente taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3), a diferencia de otras regulaciones constitucionales que, aun reconociendo la inviolabilidad del domicilio, se remiten, para las excepciones al respecto, a los casos y a las formas establecidas por la ley (así, el art. 14 de la Constitución italiana), o aceptan la posibilidad de que órganos no judiciales acuerden la entrada forzosa en un domicilio en supuestos de urgencia (así, el art. 13.2 de la Ley Fundamental de Bonn).

"Por el contrario, en el caso de la Constitución española, y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo art. 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular, y de flagrancia delictiva ... se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial. La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no -como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución- a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos. Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular"(STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8).

En estrecha conexión con lo anterior hemos declarado que la resolución judicial sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma (SSTC 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 139/1999, de 22 de julio, FJ 2; en idéntico sentido, SSTC 290/1994, de 27 de octubre, FJ 31; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 34; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10; 8/2000, de 17 de enero, FJ 4). Esa exigencia de motivación constituye la vía de verificación de la existencia de la ponderación judicial requerida como "garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental" (STC 171/1999, FJ 10 y citándola STC 8/2000, de 17 de enero FJ 4).

Nuestra jurisprudencia establece, por tanto, como regla general, que el acceso al domicilio inviolable se posibilite únicamente sobre la base de una resolución judicial debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad, y cuyo objeto es

preservar y proteger el derecho rodeándolo de una serie de garantías. La exigencia de la garantía judicial decae en caso de flagrante delito y, obviamente, tampoco es necesaria si media consentimiento del titular (pues si éste decide no preservar ese ámbito y abrirlo a la acción y conocimiento de los demás está ejerciendo facultades propias de su derecho, lo que manifiestamente excluye la posibilidad de existencia de cualquier suerte de vulneración).

5. En los supuestos de flagrante delito "queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable la inmediata intervención" (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9).

En efecto, respecto del concepto de flagrancia este Tribunal ha declarado que resulta inexcusable "reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es □sorprendido□ -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito", y que estas connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el art. 18.2 de la norma fundamental (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8; 94/1996, de 28 de mayo, FJ 4; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9).

También hemos destacado que, mediante la noción de flagrante delito, la Constitución no ha apoderado a las fuerzas y cuerpos de seguridad para que sustituyan con la suya propia la valoración judicial a fin de acordar la entrada en domicilio, sino que ha considerado una hipótesis excepcional en la cual, por las circunstancias en las que se muestra el delito, se justifica la inmediata intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8) a los efectos de evitar "que el seguimiento del trámite conducente a la obtención de aquella autorización judicial pueda ser susceptible de ocasionar la frustración de los fines que dichos funcionarios están legal y constitucionalmente llamados a desempeñar en la prevención del delito, el aseguramiento de las fuentes de prueba y la detención de las personas presuntamente responsables" (STC 94/1996, de 28 de mayo, FJ 4). Hemos asimismo precisado (en la Sentencia últimamente citada) los fines de los que puede predicarse la urgencia, que son impedir la consumación del delito, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito (FJ 4). Pero no debe olvidarse que "urgencia ... no es por sí sola flagrancia" (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8).

6. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente supuesto debe partir de que no existió autorización judicial (algo que nadie discute), por lo que debemos determinar si (como entendieron los órganos judiciales) existió consentimiento del titular o (como entiende el Ministerio Fiscal) nos encontramos ante un caso de flagrante delito, pues si así fuera, y aunque los órganos judiciales hayan esgrimido otras razones, conforme a lo anteriormente expuesto no se habría vulnerado el derecho consagrado en el art. 18.2 CE.

Comenzando por la cuestión de la flagrancia hay que reconocer que, ciertamente, la actuación policial se produjo ante un delito flagrante de amenazas, puesto que los dos policías que inicialmente acudieron al citado domicilio lo hicieron ante la llamada de una mujer, a la que el recurrente (su marido) estaba amenazando con un arma de fuego en el interior del domicilio conyugal, y oyeron personalmente los disparos. Por tanto en ese momento la flagrancia del delito habría legitimado la entrada en el domicilio. Incluso cuando, tras haber salido la mujer de la casa y tras haberse entregado el recurrente (ya consumado el delito), los policías entraron en la vivienda a comprobar la situación y observaron los impactos de los disparos esa entrada estaba amparada por la existencia de flagrante delito.

Ahora bien, el registro no se produjo en ese momento, sino en otro posterior, cuando los primeros agentes habían ya abandonado el lugar de los hechos, llevándose al recurrente detenido y una segunda unidad de la policía judicial, autorizada y acompañada por la mujer y el hijo, intervino no sólo la escopeta con la que se habían efectuado los disparos (que se encontraba debajo de un colchón), sino otra serie de armas que se encontraban en un altillo y entre las que se hallaba la pistola. Así se desprende de las actuaciones y, especialmente del testimonio de la mujer y de los agentes de la policía. Y en este segundo momento puede afirmarse que ya no existía un delito flagrante o que [en palabras de la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9 c)] "aunque la detención del recurrente se produjera de forma inmediata tras la percepción sensorial directa de los policías ... de un episodio que puede calificarse de flagrante delito, sin embargo, la flagrancia del mismo cesó".

En definitiva, la flagrancia autorizaba la entrada y registro respecto del delito flagrante (pues la flagrancia se predica del delito y autoriza la excepcional intervención policial respecto de ese delito, y no cualquier otra, salvo los casos de hallazgo casual o inevitable) y en tanto en cuanto existiera aún tal situación y la necesidad y urgencia de la intervención policial en relación con el mismo. Habiendo cesado la situación de flagrancia delictiva, la posterior actuación policial excede del ámbito de injerencia autorizado por la flagrancia.

7. Descartado, por tanto, que la actuación policial esté amparada por la flagrancia del delito, debemos examinar a continuación si no era necesaria la autorización judicial para el registro efectuado en la medida en que se prestó consentimiento para la práctica de éste por la esposa del recurrente.

Los órganos judiciales entendieron que era suficiente la presencia y autorización de la esposa, titular del domicilio registrado junto con el recurrente, realizando así una interpretación de la legalidad según la cual el interesado cuya presencia en el registro exige el art. 569 LECrim es el titular del domicilio registrado, aunque no sea el imputado (o uno de los imputados) en las actividades presuntamente delictivas de las que trae causa la intervención policial. Esa interpretación es acorde con la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo que (siempre desde el prisma de la legalidad) ha venido entendiendo que el consentimiento de otros moradores distintos del acusado o imputado legitima el registro domiciliario (entre otras, SSTs 12 de noviembre de 1991; 14 de julio de 1992; 17 de julio de 1993; 8 de julio de 1994; 9 de noviembre de 1994; y 17 de abril de 2001). Sin embargo, recientemente la STS de 14 de noviembre de 2000, citada por el recurrente, ha modificado esta orientación, llevando a cabo una "lectura constitucional" de la LECrim y afirmando, en su fundamento primero, que "la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio comprende, por separado, a cada uno de los componentes del matrimonio y, en su caso, a cada uno de los que forman la pareja de hecho y el ejercicio del mismo es personalísimo sin que exista posibilidad de que, en esta materia como en otras, uno de los cónyuges pueda atribuirse la representación del otro. La titularidad de un derecho constitucional como es el de la inviolabilidad del domicilio se extiende a las dos personas que por razones familiares, de hecho o de derecho, convivan bajo un mismo techo. Sólo el cese efectivo de la convivencia produce el efecto de que el domicilio anteriormente compartido deje de pertenecer a quien lo abandona".

No nos corresponde decidir cuál es la interpretación correcta de la legalidad ordinaria, pero sí determinar si la misma es admisible desde la perspectiva del derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 CE. Por tanto nuestro análisis se centrará en la determinación de quién puede consentir una entrada y registro policial, a los efectos del citado art. 18.2, en los supuestos de cotitulares del domicilio de igual derecho y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga, cuestión que no ha sido abordada expresamente en nuestra jurisprudencia.

8. En principio cabe afirmar que el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio es un derecho personal cuya titularidad y ejercicio corresponde, individualizadamente, a cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja que conviven en un mismo domicilio. La convivencia no puede determinar la pérdida de la titularidad de dicho derecho convirtiéndola en colectiva, máxime si se tiene en cuenta el carácter instrumental que la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene respecto del derecho a la intimidad, puesto que quien consiente en la entrada y registro del domicilio, no sólo abre las puertas de un espacio físico del que puede ser cotitular, sino que también permite la intromisión en la intimidad propia de ese espacio, tanto la suya como la de los demás moradores. Por ello, aun cuando la titularidad del domicilio sea compartida, no es constitucionalmente admisible entender que de ello se deriva una cotitularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Por el contrario lo que existe es una pluralidad de derechos individuales (de los que son titulares cada uno de los convivientes) que recaen sobre un mismo objeto (el domicilio compartido) y cuyo contenido esencial radica en la facultad de excluir las injerencias de terceros en ese ámbito reservado.

Ahora bien, a partir de esta premisa ha de reconocerse que la convivencia familiar debe fundamentarse en la existencia de una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquel con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En definitiva, esa convivencia determinará de suyo ciertas modulaciones o limitaciones respecto de las posibilidades de actuación frente a terceros en el domicilio que se comparte, derivadas precisamente de la existencia de una pluralidad de derechos sobre él. Tales limitaciones son recíprocas y podrán dar lugar a situaciones de conflicto entre los derechos de los cónyuges, cuyos criterios de resolución no es necesario identificar en el presente proceso de amparo.

Como regla general puede afirmarse que en una situación convivencial normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, que los terceros de buena fe pueden presumir, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes.

9. Frente a estas situaciones ordinarias debe contemplarse la situación excepcional que se plantea cuando se trata de franquear la entrada al domicilio, no a un particular, sino a la policía, para la práctica de un registro, en el marco de la investigación de un delito y al objeto de recoger pruebas incriminatorias respecto de uno de los cónyuges o miembros de una pareja.

En estos supuestos los intereses en juego no son ya los de dos particulares que conviven y que pueden entrar en conflicto, o discrepar en cuanto a si consienten o prohíben la entrada de un tercero en el domicilio común. Aquí la autorización para la entrada es instrumental para la práctica de un registro en el que se producirá una injerencia en ámbitos de privacidad e intimidad del investigado y que va orientado a la obtención de instrumentos, efectos o pruebas del delito que podrán ser utilizados, en su caso, para incriminarle. Por ello, al estar en juego aquí fundamentalmente intereses de la persona investigada (su intimidad y su derecho de defensa), ya no puede afirmarse con carácter general la legitimidad del otro cotitular del domicilio para prestar el consentimiento, ni presumirse el del afectado.

A diferencia de lo que ocurriría en las situaciones ordinarias, aquí el consentimiento relevante es el de quien pueda prestarlo para que el registro se practique sin autorización judicial. Este sujeto, a la vista de los intereses en juego, será exclusivamente el investigado. En caso de falta de su consentimiento la regla debe ser

la exigencia de autorización judicial. La cotitularidad del domicilio que ostenta el otro cónyuge no le legitima para consentir un registro en el que, más allá de las zonas y efectos comunes, se investigarán prioritariamente las pertenencias, efectos y ámbitos de vida privada no propios sino de otro, respecto de los que no puede hablarse en absoluto de cotitularidad y en relación a los cuales el cónyuge no tiene capacidad de disposición.

De otro modo, si (en la línea trazada por la jurisprudencia americana, Sentencia del Tribunal Supremo americano *US v. Matlock*, 415 US 164, 1974) aceptáramos la tesis de que el consentimiento válido para un registro no es sólo el del acusado sino también el de un tercero que posea "autoridad común o suficiente relación con los locales o efectos inspeccionados", y que quien decide vivir con otro asume el riesgo de que éste pueda permitir la práctica de un registro, estaríamos otorgando al cotitular del domicilio un poder de disposición sobre la intimidad de quien con él convive que resultaría inaceptable desde la perspectiva de protección reforzada de dicha intimidad en el ámbito domiciliario que consagra el art. 18.2 CE y, sobre todo, desde la perspectiva del derecho de defensa del investigado.

Ciertamente pueden existir intereses jurídicamente relevantes del otro cónyuge que justifiquen o hagan legítimo el que franquee el acceso al domicilio de la policía. Esto ocurre en el caso que se pretende hacer cesar una situación delictiva, se sea o no víctima de ella. Pero estos intereses, sin duda legítimos y relevantes, debe entenderse que ya han sido tenidos en cuenta por la propia Constitución al establecer la excepción de la flagrancia en los términos anteriormente expuestos. Y, más allá de los supuestos de flagrancia, la práctica de un registro policial sin el consentimiento del cónyuge investigado exige en todo caso autorización judicial, con todas las garantías a ella ligadas.

10. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso sometido a nuestro enjuiciamiento nos conduce a declarar que el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE.

Como hemos venido exponiendo la actuación policial inicial estaba inicialmente legitimada por la flagrancia del delito de amenazas que el recurrente cometió contra su cónyuge en el propio domicilio. No obstante, una vez detenido el recurrente, a salvo la víctima y comprobada la situación tras la primera inspección ocular realizada en la vivienda por los agentes policiales que practicaron la detención, las actuaciones policiales posteriores requerían, bien el consentimiento del afectado (que se encontraba a disposición de la fuerza pública, al estar detenido en el coche policial), bien la autorización judicial, que pudo y debió solicitarse. Sólo de este modo se respetaría el equilibrio de los intereses en juego conforme a la ponderación de éstos llevada a cabo por la propia Constitución.

Sin embargo la policía no demandó al recurrente su consentimiento tras haber sido detenido, ni solicitó autorización judicial, habiendo podido hacerlo sin ningún grave perjuicio para la investigación ni para la víctima, pues la necesidad de una intervención inmediata había desaparecido tras la actuación inicialmente desarrollada. Por el contrario se conformó con el consentimiento prestado por la esposa, que ciertamente era cotitular del domicilio, pero que (conforme a la doctrina anteriormente expuesta) no estaba legitimada para sustituir con su consentimiento la autorización del Juez permitiendo un registro sobre las pertenencias del recurrente orientado a la obtención de pruebas incriminatorias contra él.

11. A partir de esta declaración debemos cuestionarnos cuáles son los efectos que tal vulneración tiene en el proceso.

Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aun cuando la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y que, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo", debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5 y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4).

La prohibición de valoración apuntada atañe tanto a la prueba directamente obtenida como resultado de la vulneración del derecho fundamental cuanto a la derivada de ella. Al respecto debe destacarse que todo el sistema de excepciones en que se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, se refiere a la prueba derivada, y su razón de ser, como expresamente establecimos en STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, es que: "tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)". Pero lo que nunca hemos cuestionado es esa ilegitimidad constitucional de las primeras, ni establecido a su respecto excepción alguna.

Ciertamente, en el presente caso, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la validez del consentimiento de la mujer, podría afirmarse que los agentes policiales que practicaron el registro actuaban en la creencia de estar obrando lícitamente, e incluso que su error era objetivamente invencible, lo que permitiría afirmar la ausencia de responsabilidad penal o de otro tipo derivada de este hecho. Pero, pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea del "proceso justo", sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial.

Por tanto la utilización como prueba de cargo en el proceso de la obtenida directamente a partir de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el hallazgo de la pistola) vulneró, asimismo, el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías. La prohibición de valoración se extiende tanto al hallazgo en sí mismo como al acta en la cual se documentó la diligencia y se recogió el resultado de ésta, a la declaración testifical del agente policial que practicó el registro, y a la de los testigos que lo presenciaron (la mujer y el hijo del recurrente), pues (como declaramos en STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 8) "tales pruebas no son sino una materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental" y "con ellas lo que accedió al juicio fue, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita que, al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte". En la misma línea, SSTC 139/1999, de 22 de julio, FFJJ 5 y 6, y 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 2.

12. Debemos analizar, por último, la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto del delito de tenencia ilícita de armas que en la demanda se anuda a las vulneraciones ya reconocidas.

Desde la STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3, venimos señalando que "al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia", lo que sucederá "si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que ... la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida".

Pues bien, de la lectura de la Sentencia condenatoria impugnada puede constatarse que, respecto del delito de tenencia ilícita de armas, la prueba de cargo en que se funda la condena es el hallazgo de la pistola para la que el acusado no tenía guía de pertenencia, ratificado por los agentes de la policía que practicaron el registro y por la mujer y el hijo, que lo presenciaron, todas ellas constitucionalmente ilícitas.

Es cierto, como señala el Ministerio Fiscal, citando la STC 161/1999, de 27 de septiembre, que la pistola fue hallada y efectivamente existe. Esto nadie lo discute. Pero lo relevante a efectos de presunción de inocencia, como señalábamos en aquella Sentencia (FJ 2), es determinar si su pertenencia al acusado se ha probado con elementos de prueba constitucionalmente admisibles. Y en este caso (a diferencia de lo que ocurría en el contemplado en la resolución invocada) no existe una confesión del acusado, pues en el acta del juicio oral lo que declara el recurrente es que desconoce la existencia de la pistola y que no tiene pistolas, que su suegro fue teniente de la República y que es posible que el arma fuera de él. Y tampoco pueden considerarse prueba de cargo las declaraciones del hijo y la esposa, ya que, como refleja la Sentencia del Juzgado de lo Penal en su fundamento jurídico primero, lo que ambos declaran en el acto del juicio es que la pistola aparece en el registro, pero que nunca antes la habían visto.

Por tanto puede afirmarse que, excluidas las pruebas constitucionalmente ilícitas, no existe ninguna otra prueba de cargo válida respecto del delito de tenencia ilícita de armas, por lo que hemos de estimar también vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, lo que conlleva la declaración de nulidad parcial de dicha Sentencia y la de la que la confirma en apelación.

C) Fallo al que conducía la fundamentación jurídica transcrita en el anterior apartado.

Conforme a lo expuesto, la propuesta de Sentencia que presenté a la Sala conducía a otorgar parcialmente el amparo solicitado y, en consecuencia, a:

- 1) Declarar que han sido vulnerados los derechos del recurrente a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).
- 2) Restablecerlo en sus derechos y, a este fin, anular, exclusivamente en lo referente a la condena por el delito de tenencia ilícita de armas, la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón, de fecha 13 de abril de 1999, y la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 30 de septiembre de 1999.

Firmo este Voto particular, reiterando la consideración y respeto que me merece la opinión mayoritaria de los Magistrados componentes de la Sala, en Madrid, a once de febrero de dos mil tres.

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2003 de 13 de febrero de 2003 TOLDOCS: 241437

Sala Primera. Recurso de amparo 179/99. Promovido por don Nejat Das respecto al Auto de la Sala de lo Penal en Pleno de la Audiencia Nacional que declaró procedente su extradición a Turquía, a fin de cumplir condena por dos delitos de tráfico de estupefacientes.

Comentario de Pablo Pérez Tremps.

- Esta sentencia se refiere a las **garantías procesales** que deben reunir las decisiones relativas a **extradición**, sistematizando la doctrina al respecto tanto del propio Tribunal Constitucional español como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TEXTO DE LA SENTENCIA

Preámbulo

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 179/99, interpuesto por don Nejat Das, representado por el Procurador de los Tribunales don Antonio María Álvarez Buylla Ballesteros y asistido por el Letrado don Manuel Cobo del Rosal, contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 1998, que desestimó el recurso de súplica formulado frente al Auto de la Sección Primera de la referida Sala de lo Penal de 30 de julio de 1998, relativo a solicitud de extradición a la República de Turquía. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo

García Manzano, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado el día 12 de enero de 1999, con entrada en el Registro General de este Tribunal el día 14 siguiente, don Nejat Das, representado por el Procurador de los Tribunales don Antonio María Álvarez Buylla Ballesteros y asistido por el Letrado don Manuel Cobo del Rosal, interpone recurso de amparo contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 1998, que desestimó el recurso de súplica formulado frente al Auto de la Sección Primera de la referida Sala de lo Penal de 30 de julio de 1998, recaído en el rollo núm. 53/97, derivado de los procedimientos de extradición núms. 29/97 y 33/97, tramitados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6.

2. Los hechos de relevancia para el presente recurso de amparo son, en esencia, los que siguen:

a) Como consecuencia de la existencia de una orden internacional de localización y detención a fines de extradición a Turquía, en relación con supuestos delitos de tráfico de estupefacientes, de la que se tuvo conocimiento a través del Servicio de Interpol, la Unidad Central de Estupefacientes puso a disposición del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, el día 7 de julio de 1997, al hoy recurrente en amparo, procediéndose a la incoación del procedimiento de extradición núm. 29/97.

b) Celebrada el día 7 de julio de 1997 la audiencia prevista en el artículo 504 bis 2 LECrim, el Sr. Das manifestó no estar conforme con su extradición a Turquía, señalando que en el año 1992 el Gobierno turco mató a su padre, dada su condición de kurdos (aun cuando en el acta, sin duda por error, se recoge que manifestó que ello se debió a que eran "turcos") y de personas muy conocidas, negando su participación en los hechos relacionados con el tráfico de drogas a los que se refería la documentación aportada al Juzgado. Tras reiterar que su padre fue asesinado por la policía turca el día 25 de diciembre de 1992, expuso que pocos días después se lo llevó la policía, lo metieron en la cárcel y le dijeron que tenía que firmar. Afirmó que había presentado los correspondientes documentos para pedir asilo político en España, donde había llegado hace ocho meses. Por Auto del mismo día se decretó la libertad del recurrente en amparo, con obligación apud acta de comparecencia ante el Juzgado y otorgando un plazo de cuarenta días para presentar en forma la demanda de extradición, plazo que vencería el día 15 de agosto de 1997, ampliándose dicho plazo, de presentarse en forma aquella demanda, a cuarenta días más, para dar tiempo a la recepción del acuerdo de continuación del procedimiento judicial de extradición. Interpuesto recurso de reforma por el Ministerio Fiscal, el mismo es estimado mediante Auto de 9 de julio de 1997, que decretó la prisión provisional, comunicada y sin fianza, del Sr. Das, fundándose en la existencia de una segunda orden internacional de detención que no había sido tenida en cuenta en el Auto reformado. Por providencia de 14 de agosto de 1997 se acordó "llev[ar] a cómputo el segundo plazo a que se refiere el Auto de este Juzgado de fecha 7 de julio de 1997 para que por el Consejo de Ministros o, en su defecto, el Ministerio de Justicia, se acuerde lo conveniente sobre la continuación o no del procedimiento para la extradición", haciéndose referencia a la recepción de un telegrama, procedente del Ministerio de Asuntos Exteriores, en el que se hacía constar que la Embajada de Turquía había rogado al citado Ministerio que se sirviera "intervenir ante las autoridades españolas competentes a fin de que se proceda a la detención provisional de 40 días, invocando lo dispuesto en el art. 16 del Tratado de Extradición Europeo ... mientras se recibe por parte de las autoridades turcas la documentación oficial de petición de extradición". Dicha providencia fue objeto de recurso de reforma interpuesto por el hoy demandante de amparo, a cuya resolución nos referiremos posteriormente.

c) Mediante fax remitido el día 4 de septiembre de 1997, el Director de Asuntos Jurídicos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores puso en conocimiento del Juzgado que la Embajada de Turquía, por Nota verbal de 15 de agosto, que tuvo entrada en ese Ministerio el mismo día 15 de agosto, presentó la solicitud formal de extradición relativa al Sr. Das. Asimismo, mediante escrito de 23 de septiembre de 1997, el Subdirector General de Cooperación Jurídica Internacional de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia comunicó al Presidente de la Audiencia Nacional que el Consejo de Ministros, en su reunión del día 19 de septiembre, había acordado la continuación en vía judicial del procedimiento de extradición considerado.

d) Por lo que se refiere a la solicitud de extradición formulada por la República de Turquía, la misma se funda en dos condenas impuestas al recurrente en amparo, ambas por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. La primera de las condenas, a una pena de cinco años y diez meses de prisión, fue impuesta por el Tribunal de Seguridad del Estado núm. 2 de Estambul el día 29 de marzo de 1994, siendo posteriormente confirmada en casación; la segunda condena, a una pena de treinta años de prisión y multa, fue impuesta por el Tribunal de Seguridad del Estado núm. 1 de Estambul el día 16 de marzo de 1995, también confirmada en casación. Parece señalarse que el día 8 de noviembre de 1994 el Sr. Das huyó cuando era conducido por gendarmes. Debe destacarse que la traducción al castellano de los documentos aportados por las autoridades turcas (redactados en idioma turco) y, muy especialmente, de las Sentencias condenatorias referidas, resulta en general de muy difícil comprensión, llegando incluso en muchos momentos a ser ésta imposible, máxime cuando se trata de realizar una lectura en términos jurídicos. No obstante, del contenido de la traducción aportada de la Sentencia de 16 de marzo de 1995 parece desprenderse que el Sr. Das manifestó ante las autoridades turcas que fue "oprimido material y espiritualmente" por la policía para obtener su declaración, sin que se le permitiera la asistencia de Abogado.

e) Por Auto de 23 de septiembre de 1997, el Juzgado acuerda elevar el expediente de extradición al Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal, Sección Primera, de la Audiencia Nacional, poniendo a disposición de dicha Sala al Sr. Das. En el Auto se señala que tal acuerdo se fundamenta en lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 12 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva (en adelante, LEP), dado que una vez que el Consejo de Ministros acordara la continuación del procedimiento, se acordó por el Juzgado llevar a efecto con el Sr. Das la comparecencia e identificación prevista en el art. 12 LEP, oponiéndose aquél a la extradición solicitada. Frente a este Auto se interpuso por el hoy demandante de amparo recurso de reforma, denunciándose, entre otras cosas, que la comparecencia prevista en el art. 12.1 LEP no había tenido lugar y que existía una indebida privación de libertad, y, asimismo, se presentó el día 6 de octubre de 1997 un escrito en el que se solicitaba la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento de extradición, haciéndose constar expresamente, en lo que ahora especialmente interesa, que la traducción al castellano de los documentos presentados por la Embajada de Turquía era absolutamente ininteligible, de modo que no se podían conocer a ciencia cierta los hechos o conductas por los que había sido condenado en Turquía y en virtud de los cuales era reclamado, añadiendo que huyó de su país por las continuas persecuciones de que estaba siendo objeto, por ser kurdo y por ser el "heredero de su padre", viniendo a España para buscar protección, refugio y asilo político. Mediante Auto de 13 de octubre de 1997 se resuelven los citados recursos de reforma y solicitud de nulidad, recogiendo casi literalmente las alegaciones formuladas por el Ministerio Fiscal, y afirmándose, entre otras cosas, que el Juzgado "se opone a la solicitud de nulidad de lo actuado" en relación con la alegación referida a la comparecencia del art. 12.1 LEP, por no haberse producido indefensión, y que "nos oponemos a la puesta en libertad del reclamado, al seguir existiendo las razones que dieron lugar a decretar su prisión". Asimismo, en la parte dispositiva del citado Auto se acuerda, tal y como había sido solicitado por el recurrente en amparo, la acumulación del expediente

extradicional núm. 33/97 (al que inmediatamente nos referiremos) al núm. 29/97 (al que hasta este momento hemos venido haciendo referencia).

f) Por providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de diciembre de 1997, se acordó devolver el procedimiento de extradición al instructor, para que, a la mayor brevedad, resolviera el recurso de reforma que en su día se interpuso contra la anteriormente citada providencia de 14 de agosto de 1997, habida cuenta de que no constaba que tal recurso hubiera sido resuelto. Por Auto de 24 de diciembre de 1997 se desestima el citado recurso de reforma, dado que el Ministerio de Asuntos Exteriores había comunicado que la Embajada de Turquía, mediante Nota verbal de 15 de agosto de 1997, que tuvo entrada en dicho Ministerio ese mismo día 15, presentó la solicitud formal de extradición del Sr. Das. Dicho Auto fue objeto de recurso de apelación, que sería desestimado por Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de abril de 1998.

g) Paralelamente, y como consecuencia de que el día 8 de julio de 1997 la Unidad Central de Estupefacientes había puesto en conocimiento del titular del Juzgado Central de Instrucción de guardia que se había obtenido a través de Interpol documentación complementaria en relación con las reclamaciones internacionales que pesaban sobre el Sr. Das, el día 9 de julio de 1997 el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 acordó la incoación del procedimiento de extradición núm. 33/97, y tras la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 504 bis 2 LECrim, por Auto de la citada última fecha se elevó a prisión provisional, comunicada e incondicional, la detención del Sr. Das, quedando sin efecto la citada medida cautelar de prisión si en el plazo de cuarenta días, que vencería el día 16 de agosto de 1997, no se hubiere presentado en forma la demanda de extradición, añadiéndose que, de presentarse en forma tal demanda, el plazo mencionado quedaría ampliado en cuarenta días más para dar tiempo a la recepción del acuerdo de continuación del procedimiento judicial de extradición. Por providencia de 14 de agosto de 1997 se acordó "llevar" a cómputo el segundo plazo a que se refiere el Auto de este Juzgado de fecha 7 de julio de 1997 para que por el Consejo de Ministros o, en su defecto, el Ministerio de Justicia, se acuerde lo conveniente sobre la continuación o no del procedimiento para la extradición", haciéndose referencia a la recepción de un telegrama, procedente del Ministerio de Asuntos Exteriores, en el que se hacía constar que la Embajada de Turquía había solicitado al citado Ministerio que "se prolongue el periodo de detención de Nejat Das, por otros 40 días más, en conformidad con el artículo 16 del Convenio Europeo sobre Extradición de Personas Condenadas, con motivo de disponer del tiempo necesario para la preparación y traducción de la documentación de extradición".

h) Mediante fax remitido el día 4 de septiembre de 1997, el Director de Asuntos Jurídicos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores puso en conocimiento del Juzgado que la Embajada de Turquía, por Nota verbal de 15 de agosto, que tuvo entrada en ese Ministerio el mismo día 15 de agosto, presentó la solicitud formal de extradición relativa al Sr. Das. Asimismo, mediante escrito de 19 de septiembre de 1997, el Subdirector de Cooperación Jurídica Internacional de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia comunicó al Presidente de la Audiencia Nacional que el Consejo de Ministros, en su reunión del día 19 de septiembre, había acordado la continuación en vía judicial del procedimiento de extradición considerado.

i) Por lo que se refiere a la solicitud de extradición formulada por la República de Turquía, la misma se funda en dos condenas impuestas al recurrente en amparo, ambas por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. La primera de las condenas, a una pena de cinco años y diez meses de prisión, fue impuesta por el Tribunal de Seguridad del Estado núm. 2 de Estambul el día 29 de marzo de 1994 siendo posteriormente confirmada en casación; la segunda condena, a una pena de

treinta años de prisión y multa, fue impuesta por el Tribunal de Seguridad del Estado núm. 1 de Estambul el día 16 de marzo de 1995, también confirmada en casación. Parece señalarse que el día 8 de noviembre de 1994 el Sr. Das huyó cuando era conducido por gendarmes. Debe destacarse que la traducción al castellano de los documentos aportados por las autoridades turcas (redactados en idioma turco) y, muy especialmente, de las Sentencias condenatorias referidas, resulta en general de muy difícil comprensión, llegando incluso en muchos momentos a ser ésta imposible, máxime cuando se trata de realizar una lectura en términos jurídicos. No obstante, del contenido de la traducción aportada de la Sentencia de 16 de marzo de 1995 parece desprenderse que por el Sr. Das o por su defensa se manifestó ante las autoridades turcas que fue "oprimido material y espiritualmente" por la policía turca para obtener su declaración, sin que se le permitiera la asistencia de abogado.

j) Por Auto de 23 de septiembre de 1997, el Juzgado acuerda elevar el expediente de extradición al Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal, Sección Primera, de la Audiencia Nacional, poniendo a disposición de dicha Sala al Sr. Das. En el Auto se señala que tal acuerdo se fundamenta en lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 12 LEP, dado que una vez que el Consejo de Ministros acordara la continuación del procedimiento, se acordó por el Juzgado llevar a efecto con el Sr. Das la comparecencia e identificación prevista en el art. 12 LEP, oponiéndose aquél a la extradición solicitada. Frente a este Auto se interpuso por el hoy demandante de amparo recurso de reforma, denunciándose, entre otras cosas, que la comparecencia prevista en el art. 12.1 LEP no había tenido lugar y que existía una indebida privación de libertad. Como se expuso con anterioridad, el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 dictó Auto de 13 de octubre de 1997, en el que, entre otras cosas, se acordó la acumulación del expediente extradicional núm. 33/97 al núm. 29/97.

k) Mediante escrito presentado el día 16 de octubre de 1997, dirigido a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la representación procesal del hoy recurrente en amparo puso en conocimiento de aquélla que había presentado solicitud de asilo político, que había sido admitida a trámite, otorgándosele tarjeta provisional de asilo. Se hace referencia a que en dicha solicitud el Sr. Das expuso las razones de su huida de Turquía, cuales eran el asesinato de su padre por la policía y ejércitos turcos (en una acción en la que también habrían resultado heridos su madre, hermano y cuñada), como consecuencia de ser un líder del movimiento nacionalista kurdo, y las continuas persecuciones que desde entonces viene sufriendo por parte del poder político y militar de Turquía, al considerársele, sin más, el "heredero de su padre", siendo arrestado y encarcelado, sufriendo torturas inhumanas, tanto físicas como psíquicas, cuyas secuelas aun subsisten en su cuerpo. Se acompañaba diversa documentación, en la que el recurrente en amparo manifestaba que sufría persecución por motivos políticos, dado que era kurdo y miembro del partido PKK para la liberación del Kurdistan, habiendo sido sometido a prisión y torturas por ese motivo y por haber presenciado el asesinato de su padre. Señala que, de volver a Turquía, sería encarcelado o asesinado, por razones políticas, llegando a afirmar que ello supondría su muerte inmediata; también se acompañaba una portada de un periódico en la que se podía apreciar el cuerpo sin vida de su padre, así como los de su hermano y cuñada heridos, y la de una revista, en la que se hacen una serie de afirmaciones en torno al problema kurdo y a la actitud de las autoridades turcas al respecto, conteniéndose una referencia a que el padre del recurrente habría sido asesinado, como otros kurdos, por autores desconocidos.

l) Por providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 1997 se acordó, de acuerdo con el art. 13 LEP, poner de manifiesto el expediente por plazo de tres días al Ministerio Fiscal y, ulteriormente, por otros tres días, a la defensa del reclamado. Dicha providencia fue recurrida en súplica por la representación del Sr. Das, mediante escrito presentado el día 24 de octubre de 1997, manifestando, en lo que ahora especialmente interesa, que la solicitud de extradición de Turquía estaba acompañada de una "supuesta" traducción al castellano, que resultaba ininteligible, de modo que el derecho de defensa exigía

una nueva y más exacta traducción, que permitiera conocer con claridad por qué se le reclama y sobre la base de qué hechos y pruebas. Se añade que la adecuada traducción al castellano de los citados documentos se presenta, pues, como presupuesto imprescindible para defender los derechos del reclamado, en la medida en que de su contenido la Sala debe extraer la razón o razones por las que procede, o en su caso, no procede, la extradición solicitada. Por ello, solicita que se lleve a cabo tal traducción por un traductor oficial e intérprete jurado del Ministerio de Asuntos Exteriores. El recurso de súplica fue resuelto por Auto de 16 de abril de 1998, que no contiene referencia alguna a la solicitud considerada de traducción de los documentos.

m) Por Auto de 24 de diciembre de 1997, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestima el recurso de queja interpuesto frente al Auto del Juzgado de 13 de octubre de 1997, citado con anterioridad, confirmando el mantenimiento de la prisión provisional y señalando que la omisión del trámite previsto en el art. 12.1 LEP podría ser subsanada por el Juzgado instructor, toda vez que los autos se encontraban en dicho momento en el mismo.

n) Mediante escrito de 23 de febrero de 1998, la representación del hoy recurrente en amparo recordó que venía sosteniendo continuamente las violaciones sistemáticas y continuadas de sus derechos humanos que había sufrido el Sr. Das por parte del Estado turco, siendo sometido a torturas y tratos inhumanos, solicitando en consecuencia que se practicara un completo reconocimiento facultativo por parte del Médico Forense de la Audiencia Nacional, tendente a comprobar las graves torturas y espantosos malos tratos infligidos al Sr. Das durante el tiempo en que estuvo privado de libertad en Turquía por parte de las fuerzas policiales y militares de dicho país. Se accedió a tal solicitud por providencia de 17 de marzo de 1998. En esta misma providencia se denegó la solicitud de que el procedimiento se devolviera al Juzgado para la práctica de la comparecencia prevista en el art. 12.1 LEP, toda vez que dicho defecto se consideraba subsanable con la celebración que habría de tener lugar de la vista extradicional. Dicha providencia fue objeto de recurso de súplica, resuelto por Auto de 25 de mayo de 1998 en sentido desestimatorio.

ñ) El día 23 de abril de 1998 emite informe el Médico Forense de la Audiencia Nacional. En sus conclusiones se señala que el Sr. Das presenta unas cicatrices en ambas axilas y cara anterior del hombro, cuya etiología puede corresponder a la historia por él relatada referente a las torturas que habría sufrido durante su detención en Turquía. Asimismo, se expresa que tiene una timpanoesclerosis bilateral que precisa intervención quirúrgica, siendo causada por otitis de repetición.

o) Mediante escrito de 28 de abril de 1998, la representación del Sr. Das se da por instruida de la causa y formula diversas alegaciones. En lo que ahora especialmente interesa, cabe señalar que se denuncia que la traducción de las Sentencias condenatorias remitidas por la Embajada de Turquía resulta ininteligible, desconociéndose así las concretas circunstancias en que fueron dictadas y los hechos por los que el Sr. Das fue condenado; de este modo, se añade, aun cuando no sea objeto del procedimiento de extradición revisar la veracidad de los hechos en cuya virtud aquél fue condenado, no resulta posible apreciar que su concreto enjuiciamiento se haya realizado con respeto de los derechos fundamentales del reclamado. Se señala que fue detenido policialmente durante 19 días, estando incomunicado y sin asistencia letrada, siendo sometido a tortura por la policía para que confesara su participación en los hechos. Se afirma que distintas organizaciones humanitarias internacionales han señalado que en Turquía la tortura a los detenidos, políticos y comunes, es práctica habitual en comisarias y cuarteles. Se alude a la circunstancia de que el Sr. Das es kurdo, habiendo sido perseguido en Turquía por motivos étnicos y políticos, reiterando la relación de su persecución con el asesinato de su padre, motivado porque las autoridades turcas consideraban a éste uno de los más destacados líderes del movimiento nacionalista kurdo; en este sentido, se pone de

relieve que la Fiscalía de Estambul ha iniciado una investigación sobre tal asesinato, y que existió una inicial prohibición de tal investigación por parte de la Fiscalía General de Bakirköy. Se añade que un socio del padre del Sr. Das, el Sr. Ayanoglu, también fue asesinado, y que otro, don Huseyin Baybasin, se refugió en Holanda, siendo denegada su extradición por las autoridades judiciales holandesas, por motivos de persecución política y racial, así como por estar plenamente acreditado que Turquía no respeta los derechos humanos y reconocer que su vida peligraría en dicho país; tras ello, el Sr. Baybasin habría denunciado a través de los medios de comunicación diversas irregularidades en la actuación de las autoridades turcas, relacionadas con el asesinato del padre del Sr. Das y con la condena de éste por la que se solicita la extradición, lo que ha motivado la apertura de una investigación por parte de la Fiscalía General de Estambul. Se afirma que los Sres. Ayanoglu y Baybasin y el padre del Sr. Das gozaban del denominado "pasaporte verde", que las autoridades turcas sólo conceden a altos funcionarios del Gobierno turco. Finalmente, se solicitaba a la Sala, entre otras cosas, que dirigiera oficio a la Embajada de Turquía, a fin de que remitiera información sobre a qué personas se otorga el denominado "pasaporte verde", qué privilegios o efectos conlleva el poseerlo, y qué requisitos se exigen para ello; así se acordó por Auto de 29 de junio de 1998, enviando tal información la Embajada de Turquía mediante fax de 21 de julio de 1998.

p) El Sr. Das dirige personalmente un escrito, fechado el día 6 de junio de 1998, al Presidente de la Audiencia Nacional. En él refiere que su padre fue secuestrado durante cuatro días, afirmando a su vuelta que una persona, en nombre del Ministerio del Interior turco, le exigía el pago de una fuerte suma de dinero, acusándole de pertenecer y apoyar al Partido Trabajador del Kurdistan. Tras el asesinato de su padre por dos militares y tres policías, el Sr. Das declaró a un periódico la existencia de un grupo paramilitar responsable del secuestro y asesinato de su padre, dirigido por el Ministerio del Interior y el Primer Ministro turcos, identificando al periodista al que hizo esas declaraciones. Posteriormente, fue detenido y torturado, haciéndole firmar al pie de veinte hojas en blanco, en la que escribieron una declaración falsa, involucrándole en un caso de drogas. Denuncia que sus Abogados, Sres. Topas y Serhat, fueron posteriormente asesinados, tras hablar sobre su caso con el Primer Ministro de Turquía. Asimismo, señala que sufrió en la cárcel un intento de asesinato por parte de cuatro guardias, sufriendo posteriormente amenazas de policías secretos del servicio de información turco. Concluye señalando que en caso de extradición a Turquía le espera una muerte segura.

Posteriormente, el Sr. Das dirige personalmente otro escrito al Presidente de la Audiencia Nacional, en el que, junto a consideraciones análogas al anterior, refiere que el Gobierno turco facilita el tráfico de drogas para financiar determinados grupos, y que cuando alguna persona conoce algo sobre tales grupos intentan matarlo o involucrarlo en el tráfico de drogas, tal y como ha ocurrido en su caso. Señala que a raíz de determinados acontecimientos se abrió una falsa investigación en el Congreso, en relación con el denominado caso Susuruk, aportando el Sr. Das todos los datos relacionados con la muerte de su padre, ayudándole en la realización de su informe el Abogado Sr. Marakoglu, siendo el encargado de la investigación el Juez Sr. Akyurek, que murió en un extraño accidente de coche.

q) La representación del Sr. Das presenta un escrito, fechado el día 28 de mayo de 1998, aportando diversa documentación, en esencia:

- Resolución dictada el día 28 de octubre de 1997 por un órgano judicial holandés, denegando la extradición de don Huseyin Baybasin a Turquía;

- Un escrito del Abogado del Sr. Das, Sr. Marakoglu, fechado el día 5 de septiembre de 1997, en el que hace una serie de afirmaciones sobre la muerte del padre del Sr. Das y sobre la condena de éste, de las que se desprende la posible existencia de importantes irregularidades en relación con las mismas;

- Otro escrito del mismo Abogado, fechado el día 12 de noviembre de 1996, de análogo contenido al anterior, en el que muestra su confianza en la inocencia del Sr. Das, considerando que no ha existido una investigación oficial suficiente para esclarecer todas las circunstancias relacionadas con la condena de éste;

- Cinta de vídeo de cuya transcripción se desprende que el Abogado Sr. Marakoglu ha declarado, siendo recogido por los medios de comunicación, que existían irregularidades en relación con los hechos por los que fue condenado el Sr. Das y con el asesinato de su padre, relacionando con los mismos a quien fuera Director de Seguridad de Estambul;

- Sentencia de 1995 del Tribunal Segundo para la Seguridad del Estado, de la que se derivaría que quien fuera Abogado del Sr. Das, el Sr. Topac, fue asesinado;

- Libro escrito por el Sr. Perincek en el que se detallarían las conexiones existentes entre organizaciones mafiosas, entre ellas algunas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, y el Gobierno de Turquía;

- Informe elaborado por la Asociación Pro Derechos Humanos en relación con la censura de la cultura kurda en Turquía, al que se acompaña documentación periodística referente a distintas cuestiones relacionados con los kurdos y con la situación en Turquía;

- Informe de Izquierda Unida de 28 de noviembre de 1996 relativo a la situación del Kurdistan, así como otro informe de 1996 sobre tal cuestión, redactado por dos autores;

- Informe del Obsevatoire International des Prisons, Rapport 1995, relativo a Turquía;

- Informe de 1996 de Amnistía Internacional referente a malos tratos sufridos por Abogados ante una prisión.

r) La representación del Sr. Das presenta otro escrito, fechado el día 7 de julio de 1998, acompañando diversa documentación, en esencia:

- Informes de Amnistía Internacional referentes a la situación en Turquía, correspondientes a los años 1990, 1991, 1992 y 1998;

- Documentación relativa a la solicitud de asilo en España formulada por el Sr. Das, en la que se hace constar las circunstancias que rodearon al asesinato de su padre y las que se refieren a los motivos de su persecución por las autoridades turcas y al trato que sufrió durante su detención en Turquía;

- Publicación de Amnistía Internacional de 1990 referente a distintos aspectos de la situación en Turquía en relación con los derechos humanos;

- Documentación de prensa relativa a la situación existente en Turquía.

s) El día 16 de julio de 1998 se celebró la vista prevista en el art. 14 LEP, en la que el Sr. Das manifestó que es kurdo, al igual que toda su familia, habiendo sido condenado a treinta años de prisión estando ya en España. Estuvo presente cuando asesinaron a su padre, como consecuencia de los disparos efectuados por policías y militares, habiendo sido todo organizado por las autoridades turcas, que culpaban a su padre y familia de estar organizando y financiando un partido político kurdo. Él dio a la prensa todos los datos que sabía al respecto, siendo censurados los periódicos. Posteriormente fue secuestrado y sometido a torturas durante diecinueve días, siendo llevado posteriormente ante el Fiscal, sin permitirle la asistencia de abogado y

metiéndole posteriormente en prisión. Va a ser operado de los oídos como consecuencia de los golpes recibidos en Turquía y tiene cicatrices derivadas de las torturas. El asesinato de su padre no ha sido investigado en Turquía, y sus Abogados fueron asesinados, huyendo él por eso de Turquía y negando su participación en los hechos por los que se le condenó. Aporta, entre otros documentos, traducción al castellano de Sentencia de un Juez holandés de 28 de octubre de 1997 que denegó la entrega de don Huseyin Baybasin, kurdo, a Turquía, por considerar que no puede entenderse que no existan motivos suficientes para suponer que aquél pueda ser sometido a cualquiera de las acciones descritas en el artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos en el caso de que sea entregado a las autoridades turcas.

t) La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dicta Auto el día 30 de julio de 1998. Analizando los motivos de oposición a la extradición alegados por la representación del Sr. Das, expone, en esencia, lo que sigue:

1- A pesar de la abundante documentación aportada por la defensa del reclamado intentando probar la persecución que el pueblo kurdo sufre por parte de la República de Turquía y la que el reclamado, junto con su familia, padece por razón de su origen kurdo, apareciendo que su padre fue asesinado, considera el órgano judicial que en modo alguno queda demostrado de forma concreta por dicha documentación que el Sr. Das sea reclamado por tales motivos, quedando sólo acreditado de forma directa que aquél y su padre formaban parte de una organización a gran escala dedicada al tráfico de drogas y sustancias estupefacientes, de modo que las Sentencias condenatorias lo son por un delito común, y no parece que encubran ninguna persecución o castigo en consideración a la raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas del Sr. Das.

2- Los Tribunales que condenaron al Sr. Das son civiles, no militares, aun cuando uno de sus miembros sea militar, y al haber sido condenado el Sr. Das por un delito contra la salud pública, que en sí mismo no pone en peligro los principios que constituyen el fundamento de la existencia de la República turca, no puede considerarse que aquellos Tribunales no sean imparciales, difiriendo el supuesto del que fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998 (caso Incal contra Turquía), dada la conducta por la que fue condenado el Sr. Incal. Asimismo, se niega que se trate de Tribunales de excepción.

3- Se rechaza que la pena de treinta y cinco años y diez meses de prisión para cuyo cumplimiento se reclama al Sr. Das sea inhumana o degradante, dado que tanto en el Código penal español de 1973 como en el de 1995 las penas a imponer pueden llegar a treinta años y a que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo determinante no es la duración de la pena sino las condiciones de su cumplimiento.

4- En cuanto a la circunstancia de que la condena a treinta años de prisión habría sido dictada en ausencia, se rechaza porque el Sr. Das estuvo defendido por un Letrado, según consta en la Sentencia condenatoria, sin que las alegaciones relativas a que sus Abogados fueron asesinados por ejercer su defensa estén en modo alguno corroboradas, a lo que hay que añadir que decidió voluntariamente sustraerse a la acción de la justicia cuando ya estaba cumpliendo la anterior condena de cinco años y diez meses.

5- En cuanto a que el reclamado puede ser sometido a torturas, se señala que no se desconoce el informe médico forense de 23 de abril de 1998, y ante los indicios de una tortura, aunque no conste su autoría ni su motivación, ello debe llevar a exigir que la República de Turquía preste garantías antes de la entrega del Sr. Das de que por parte de las autoridades jurisdiccionales turcas se velará con el máximo celo para que el reclamado no sea sometido a tortura alguna.

Por todo ello, se acuerda acceder a la extradición del Sr. Das a la República de Turquía con el presupuesto de que ésta preste la garantía citada en cuanto al no sometimiento a tortura alguna, estableciéndose el plazo de cuarenta y cinco días a partir de la recepción del Auto por la Embajada de Turquía a fin de que se preste la garantía solicitada, sin perjuicio de la última decisión que corresponde al Gobierno de la Nación.

u) Mediante escrito de 6 de agosto de 1998 la representación del hoy demandante de amparo interpone recurso de súplica frente al mencionado Auto de 30 de julio de 1998. Asimismo, el día 10 de diciembre de 1998 presentó un escrito en el que se afirmaba que el pasado día 20 de noviembre se habían aportado a la causa ciertos documentos que se consideraban de influencia decisiva en la resolución del recurso interpuesto, al acreditar la realidad de las torturas sufridas por el Sr. Das, así como que fue condenado sin haber estado presentes ni él ni su Letrado en la vista oral del procedimiento seguido ante el Tribunal de Seguridad del Estado núm. 1 de Estambul, manifestando entonces que dado el carácter urgente de la presentación no se disponía de la traducción al castellano de los referidos documentos (sin que en las actuaciones de que dispone este Tribunal conste esta última presentación de documentos). Se acompañaba a ese escrito presentado el día 10 de diciembre traducción de un informe emitido por la Jefatura del Instituto Médico Forense del Ministerio de Justicia turco el día 20 de septiembre de 1993, en cuyas conclusiones se afirma que existen dos lesiones en la parte superior izquierda del cuerpo del recurrente, lesiones antiguas respecto de las que no se puede determinar el tiempo transcurrido desde que se produjeron, añadiendo que hay una perforación casi total del oído izquierdo y una percepción baja de treinta y tres decibelios, constatándose que existen indicios de lesiones y heridas en las muñecas y quemaduras a nivel de la piel de los testículos y pene, afirmándose en el cuerpo del informe que las citadas lesiones pueden ser originadas por ser esposado con esposas o con una cuerda a nivel de la muñeca y que las quemaduras eléctricas en la piel del pene por detrás del glande podrían ser debidas a haberse enrollado un alambre fino y hecho pasar una corriente eléctrica por un electrógeno.

v) Mediante Auto de 4 de diciembre de 1998, notificado a la representación del Sr. Das el día 16 siguiente, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, resuelve el considerado recurso de súplica, razonando, en esencia, lo que sigue:

- Respecto de determinados motivos de nulidad que se habían hecho valer en el recurso de súplica referidos a la indebida privación de libertad del Sr. Das y a la vulneración de lo previsto en el art. 12.1 LEP, se señala que tales cuestiones ya fueron resueltas en el momento oportuno, reiterándose en esencia la argumentación de las correspondientes resoluciones judiciales anteriormente dictadas.

- Se señala que la alegada persecución del Sr. Das por la República de Turquía por razones étnicas, ideológicas y políticas, debido a su origen kurdo, carece del necesario sustento probatorio, apareciendo sólo acreditado de forma directa y objetiva que el Sr. Das fue condenado por delitos comunes de extrema gravedad.

- En cuanto a la alegación de que el reclamado sería sometido a torturas en caso de ser entregado a Turquía, se señala que aunque los documentos aportados hacen continuas referencias a torturas, con utilización de variopintos métodos, éstas son siempre inferidas a personas detenidas en las dependencias policiales turcas, pero no en establecimientos penitenciarios, lugar de destino del Sr. Das, y por ello, realmente, no hay razones fundadas para creer que pueda ser sometido a torturas, y si se estimase al respecto una lejana sospecha, que es bien distinto, con la garantía exigida a las autoridades judiciales turcas se conjuraría cualquier tipo de riesgos. Se añade que en el Auto recurrido se admite la posibilidad de que las lesiones a que se refiere el informe médico forense de 23 de abril de 1998 se debieran a las agresiones que éste relató, pero en cuanto a la mecánica utilizada para causarlas, ya que al indicar tal

resolución judicial que no consta ni autoría ni motivación, está precisando que la afirmación del recurrente de que dichas lesiones le fueron inferidas por la policía turca por ser kurdo carece de sustento probatorio. En cualquier caso, las garantías establecidas por tal Auto recurrido se estiman suficientes a los fines perseguidos, no precisando más matizaciones.

- Se confirma la argumentación contenida en el Auto recurrido en lo que se refiere a la naturaleza de los Tribunales que condenaron al Sr. Das y a la imparcialidad de sus miembros, y lo mismo ocurre respecto de la consideración de que la pena a cumplir es inhumana o degradante.

- En cuanto a la condena en ausencia del Sr. Das, se señala que se han respetado sus derechos mínimos de defensa, ya que estuvo asistido de Letrado durante todas las vistas y era perfecto conocedor del estado del juicio, porque precisamente durante su transcurso se fugó.

En consecuencia, se desestima el recurso de súplica interpuesto, si bien en la parte dispositiva del Auto se suspende la entrega del reclamado hasta que recaiga resolución definitiva a su solicitud de asilo político, señalándose en el fundamento de Derecho séptimo que ello es consecuencia de lo prevenido en el núm. 2 del artículo 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, de modo que debe posponerse la entrega hasta la decisión definitiva del expediente administrativo.

w) En el testimonio de las actuaciones judiciales de que se dispone consta que mediante Nota verbal de 16 de marzo de 1999, la Embajada de Turquía, en relación con la exigencia de las garantías para la extradición del Sr. Das, informó que "según la legislación en vigor, y los acuerdos internacionales firmados por Turquía, se ofrecen las mencionadas garantías". Por providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 1999 se estiman suficientes dichas garantías. Interpuesto por la representación del Sr. Das recurso de súplica contra la misma, se ha tenido conocimiento (al haber sido aportada la resolución judicial por dicha representación en el recurso de amparo núm. 606-2003) de que ha sido desestimado por Auto de 8 de enero de 2003, habiendo quedado confirmada así en su integridad la citada providencia de 15 de junio de 1999.

x) Respecto de la solicitud de reconocimiento de derecho de asilo, la misma fue denegada por Resolución del Ministerio del Interior de 2 de febrero de 1999. Frente a la misma interpuso el Sr. Das dos recursos contencioso-administrativos. El primero, tramitado por el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales de la persona previsto en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2001, aclarada por Auto de 6 de marzo siguiente, frente a la que se interpuso recurso de casación, pendiente de resolución. El segundo, tramitado por el procedimiento ordinario ante el mismo órgano judicial, se halla pendiente de Sentencia.

Por providencia de 13 de junio de 2001 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se acordó que se participara a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia que la pendencia de resolución del mencionado recurso de casación no impedía, a juicio del Tribunal, la entrega del Sr. Das a las autoridades del Estado reclamante.

y) Debe hacerse constar que en relación con diversas resoluciones dictadas en el procedimiento de extradición el Sr. Das ha interpuesto distintos recursos de amparo, de los que interesa destacar ahora los que siguen. En primer lugar, respecto de los Autos de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre y 13 de octubre de 1997, relativos a la elevación del expediente a la citada

Sala de lo Penal, se interpuso el recurso de amparo núm. 4506/97, inadmitido por providencia de la Sección Tercera de este Tribunal de 12 de enero de 1998, en la que se niega que haya existido una indebida privación de libertad del recurrente y que sean constitucionalmente relevantes las irregularidades procesales relativas a la comparecencia prevista en el art. 12.1 LEP. En segundo lugar, interpuso el recurso de amparo núm. 5134/97, en el que, además de reiterar la argumentación del anteriormente citado, se impugnaban específicamente los citados Autos de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 1997, en cuanto impusieron la situación de privación de libertad, y los que resolvieron los recursos de reforma y apelación formulados al respecto, inadmitiéndose el recurso de amparo mediante providencia de la Sección Tercera de 12 de enero de 1998, por considerar que no existía indebida privación de libertad y, en relación con el resto de los motivos y alegaciones del recurso, remitiéndose a la providencia que inadmitió el recurso de amparo núm. 4506/97, además de considerar que resultaban extemporáneos. Finalmente, se interpuso recurso de amparo frente al Auto de 24 de diciembre de 1997, que resolvió el recurso de queja interpuesto frente al Auto de 13 de octubre de 1997, objeto del recurso de amparo núm. 4506/97; este recurso de amparo, tramitado bajo el núm. 316/98, fue inadmitido por providencia de la Sección Primera de 14 de septiembre de 1998, que, en esencia, reiteró lo que se había establecido en la providencia de inadmisión de aquel recurso de amparo núm. 4506/97.

3. En la demanda de amparo se considera formalmente como objeto del presente proceso constitucional el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 1998. Tras exponerse los hechos que se estiman de mayor relevancia para la resolución del recurso de amparo, se afirma que han sido vulnerados diversos derechos fundamentales del Sr. Das como consecuencia, en esencia, de lo que sigue:

a) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto que la solicitud de extradición por un delito de naturaleza común encubre una auténtica persecución por motivaciones políticas, ideológicas y étnicas. Se pone de relieve la persecución que viene sufriendo el Sr. Das y su familia desde el asesinato de su padre por una banda armada de carácter paramilitar organizada por el Ministerio del Interior turco para ejercitar acciones armadas contra el pueblo kurdo y personas consideradas hostiles al Gobierno establecido. Aun reconociendo que dicha persecución es imposible de acreditar de la forma incontestable que pretende el Auto recurrido en amparo, se considera que los documentos aportados vienen a evidenciar, con datos objetivos, su realidad. Se señala que la Sentencia de 16 de marzo de 1995, aportada por el Gobierno turco, tan sólo describe la acusación del Fiscal y las declaraciones de los procesados a lo largo de la causa, sin manifestación alguna sobre si se han probado los hechos investigados, sobre las personas condenadas, y sobre la pena impuesta a cada uno de ellos. Concurriría lo previsto en el artículo 3.2 del Convenio europeo de extradición, que dispone que no se concederá la extradición cuando la parte requerida tuviere razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por una u otra de tales consideraciones, pronunciándose en el mismo sentido el art. 5.1 LEP. Afirma que tales circunstancias quedan acreditadas por el hecho de que la solicitud de asilo político en España se presentara en noviembre de 1996, esto es, casi un año antes de su detención en la causa extradicional, ya que ello suponía descubrir su paradero ante las autoridades turcas, haciéndolo con la finalidad de pedir ayuda y protección en España ante el serio peligro que su vida y la de su familia corrían en Turquía.

b) Vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, con proscripción de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, en relación con el derecho a un proceso con las debidas garantías. En este sentido, se

comienza afirmando que se ha vulnerado el derecho a un proceso que garantice la no entrega del reclamado de extradición cuando existan razones fundadas para creer que existe el peligro de ser torturado en el país reclamante. Se critica el argumento del Auto recurrido en amparo en el sentido de que las torturas a que aluden los documentos aportados han sido realizadas en dependencias policiales y no en establecimientos penitenciarios, lugar de destino del Sr. Das, ya que en los informes de Amnistía Internacional que se aportaron se recogen afirmaciones en torno a la existencia de torturas y malos tratos en las prisiones turcas. Se hace referencia al informe del Médico Forense de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 1998 y al informe Médico Forense turco de 20 de septiembre de 1993, que según el recurrente habría sido aportado por medio de un escrito de 20 de noviembre de 1998, antes, pues, de la resolución del recurso de súplica contra el Auto de 30 de julio de 1998 y, sin embargo, no tenido en cuenta por el Pleno. De esta forma, existirían motivos más que fundados para creer que el Sr. Das va a volver a ser sometido a tortura y malos tratos, con peligro, incluso, para su vida. Se cita, entre otros textos internacionales, el artículo 3.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984, que dispone que ningún Estado parte procederá a la extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. Se señala que la existencia de torturas en Turquía es un hecho indiscutible, tal y como ha sido puesto de relieve por diversas instituciones y organizaciones, especialmente cuando se trata de kurdos. Se afirma que al haberse obtenido su confesión mediante tortura, vulnerando sus derechos fundamentales, aquélla debe reputarse nula, citando en su apoyo la STC 13/1994, de 17 de enero, y la STC 11/1983, de 21 de febrero, así como los Votos particulares que se formularon en relación con esta última. Se añade que la garantía que se exige en relación con el no sometimiento a tortura no tiene ningún sentido, debiendo procederse a denegar sin más la extradición, máxime cuando se ha apreciado la existencia de indicios de que el Sr. Das ha sido torturado y va a serlo, o existe peligro de que lo sea, en el futuro, razón por la que precisamente se solicitó la garantía que, en realidad, sólo podrá consistir en una comunicación formal, sin ninguna virtualidad ni efectividad, y que va a dejar al Sr. Das en la más completa indefensión y a expensas de lo que las autoridades turcas quieran hacer con su persona.

Por otra parte, se considera vulnerado el derecho a un proceso que garantice la no entrega del reclamado de extradición cuando existan razones fundadas para creer que va a ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes en el país reclamante. Se afirma que las condiciones de cumplimiento de las penas privativas de libertad en Turquía las convierte en inhumanas y degradantes, dejando huellas, tanto físicas como morales y psicológicas, para toda su vida o, incluso, privando de ésta. Asimismo, la extensión de la pena impuesta al Sr. Das, treinta y cinco años y diez meses de prisión, al exceder los límites máximos que establece el ordenamiento jurídico español, equivale a la pena de cadena perpetua, prohibida por nuestro ordenamiento por considerarse inhumana o degradante. A juicio del recurrente, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, y de acuerdo con la doctrina que venía manteniendo la Audiencia Nacional al respecto, toda pena que exceda el límite de veinte años debe merecer el calificativo considerado.

c) Se considera vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en relación con el derecho a un juez imparcial y la prohibición de los Tribunales de excepción. En efecto, se considera que los órganos judiciales que condenaron al Sr. Das en Turquía, los Tribunales de Seguridad del Estado, tienen carácter militar y, en consecuencia, adolecen de la necesaria imparcialidad e independencia exigida a los órganos jurisdiccionales. Se rechaza el argumento del Auto recurrido en amparo en el sentido de que, dada la naturaleza del delito por el que fue condenado el recurrente, no resulta aquí de aplicación la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998 (caso Incal contra Turquía), dado que la independencia e imparcialidad de un Tribunal de Justicia no puede medirse en función de los delitos que enjuicia. Se sostiene, asimismo, que los

Tribunales de Seguridad del Estado son Tribunales de excepción, prohibidos por el art. 117.6 CE, dado que tienen miembros militares, sometidos a la legislación militar, como también lo está el representante del Ministerio Fiscal.

d) Se considera vulnerado el derecho a un proceso con las debidas garantías, por haberse dictado en rebeldía la Sentencia de 16 de marzo de 1995, que condenó al Sr. Das a la pena de treinta años de prisión. Se rechaza la afirmación del Auto recurrido en amparo de que estuvo asistido por Letrado durante todas las vistas, como lo demostraría la última acta del juicio oral del procedimiento resuelto por tal Sentencia que, según el recurrente, fue aportada, sin traducción al castellano, en noviembre de 1998, y que no habría sido considerada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Se afirma que los Abogados del Sr. Das que se citan en la Sentencia condenatoria son totalmente desconocidos para él, no actuando en su defensa en el procedimiento, de modo que la Sentencia contiene una evidente falsedad. Por ello, se solicita que se deniegue la extradición o, en su caso, que se condicione la entrega a la prestación por el Estado turco de la garantía de un nuevo juicio en dicho país, permitiéndole una defensa efectiva y ser oído por el Tribunal antes de ser condenado.

e) Se ha vulnerado el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva sin que en ningún caso se produzca indefensión, en relación con el derecho a la libertad personal y a los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como consecuencia de la indebida privación de libertad que sufrió el recurrente, en cuanto que el plazo de cuarenta días que establece el art. 10.1 LEP venció el día 15 de agosto de 1997, sin que en ese momento se hubiera presentado en forma la demanda extradicional.

f) Se ha vulnerado el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a un proceso con las debidas garantías, sin que, en ningún caso, se produzca indefensión, como consecuencia de que se omitió la comparecencia ordenada en el art. 12 LEP.

g) Se han vulnerado los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por existir un conflicto entre el Convenio europeo de extradición y la Ley de extradición pasiva, que no ha sido resuelto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a favor de la prevalencia del primero. Según el recurrente, el artículo 16.4 del Convenio europeo de extradición, al establecer que en ningún caso la detención excederá de cuarenta días, impide que una Ley interna, máxime si no tiene el carácter de orgánica, pueda prever una privación de libertad por tiempo superior a tal plazo, como lo permitiría el art. 10.1 LEP al establecer la posibilidad de una ampliación del plazo a cuarenta días más en el caso de que la solicitud de extradición se hubiere presentado dentro del inicial plazo de cuarenta días.

Por otrosí digo se solicitó, al amparo del art. 56.1 LOTC, la suspensión de la ejecución de la extradición concedida por el Auto recurrido en amparo.

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 22 de agosto de 2001, la representación procesal del Sr. Das interesó la pronta resolución del recurso de amparo.

4. Por providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 7 de noviembre de 2001, se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, que se requiriese atentamente a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que en el plazo de diez días remitiera testimonio de las correspondientes actuaciones judiciales.

La citada providencia ordenó la formación de la correspondiente pieza separada de suspensión, tramitada la cual la Sala Primera del Tribunal dictó Auto 2/2002, de 14

de enero, acordando suspender la ejecución de los Autos de 30 de julio y 4 de diciembre de 1998.

Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 27 de noviembre de 2001 se tuvieron por recibidos los correspondientes testimonios de actuaciones y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se acordó dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a la representación procesal del recurrente, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

5. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 26 de diciembre de 2001, el Ministerio Fiscal formula sus alegaciones. Tras una exposición de los hechos que considera de mayor relevancia en relación con el presente recurso de amparo, pasa a examinar las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas por el recurrente en su demanda.

Por lo que se refiere a la alegación de que la solicitud de extradición por un delito de naturaleza común encubre una auténtica persecución por motivaciones políticas, ideológicas y étnicas, el Ministerio Fiscal, con cita de la STC 227/2001 y del ATC 22/1995, niega que se haya lesionado derecho fundamental alguno del recurrente, toda vez que los Autos dictados no han considerado acreditados los hechos aducidos por aquél, tras el examen de la documentación que aportó, sin que su pretensión de que se proceda a un nuevo examen de la documental para acreditar los hechos que denuncia pueda ser acogida por exceder del ámbito del recurso de amparo y entrañar una revisión fáctica vedada por la LOTC.

En cuanto a las alegaciones relativas a que el recurrente, en caso de entrega, sería sometido a torturas o a tratos inhumanos y degradantes en Turquía, así como a que la pena impuesta reviste también el carácter de inhumana o degradante, el Ministerio Fiscal, después de transcribir diversos pasajes de la STC 91/2000 para confirmar que las quejas consistentes en vulneraciones indirectas en el marco de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes deben ser analizadas, considera que no existe lesión de los derechos fundamentales del recurrente, con cita del ATC 23/1997. Entiende que el recurrente vuelve a pretender una revisión fáctica, ya que los órganos judiciales, tras el examen de la copiosísima prueba aportada, llegaron a la conclusión de que no podía tenerse por acreditada la existencia previa de tortura y, pese a ello, por haber alguna remota posibilidad de que la misma hubiera acaecido, han sometido la entrega a una previa caución por parte de la República de Turquía, sin que el recurrente justifique ni la denuncia de la tortura que dice haber sufrido, ni la alegación de la misma en el proceso, ni en el ulterior recurso casacional, ni el haber acudido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Añade que el Sr. Das no ha hecho mención alguna acerca de que durante su estancia en prisión en Turquía fuere objeto del más mínimo trato vejatorio, de modo que su temor a sufrirlo en el futuro aparece huérfano de toda consistencia, ya que lo construye no ya basado en su propia experiencia personal sino en una descalificación genérica de la situación que afirma existente en Turquía. Respecto de las alegaciones relativas a la extensión de la pena privativa de libertad impuesta, entiende el Ministerio Fiscal, con cita de la STC 91/2000, que no determina la lesión de los derechos fundamentales del recurrente, toda vez que éste no aporta dato alguno del modo de cumplimiento del total de la condena impuesta, limitándose en la demanda a enlazar tal cuestión con la de la supuesta extendida práctica de tortura generalizada en Turquía, sin otro aditamento.

Respecto a las alegaciones relativas a la naturaleza de los Tribunales que condenaron en Turquía al recurrente y a la supuesta falta de imparcialidad de sus miembros, considera el Ministerio Fiscal que no suponen la vulneración de derecho fundamental alguno del recurrente, toda vez que éste se limita a considerar a los Tribunales de Seguridad del Estado, en abstracto, como Tribunales excepcionales, por existir total

ausencia de independencia e imparcialidad, pero del análisis de los mismos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se desprende tal afirmación, sino que dependerá de la naturaleza de las infracciones imputadas el determinar si resulta comprensible el recelo de los condenados respecto de la composición del Tribunal y del hecho de que uno de sus miembros sea militar. En el presente caso, imputándose al demandante delitos comunes de tráfico de drogas, no expone recelo alguno específico por la composición del Tribunal, ni aduce por qué duda de la imparcialidad de cualquiera de sus miembros, quedando así su queja huérfana de todo sustento.

En cuanto a la circunstancia de que la Sentencia de 16 de marzo de 1995, condenatoria a una pena de treinta años de prisión, se hubiere dictado en rebeldía, entiende el Ministerio Fiscal, con apoyo en la STC 91/2000, que ha de acogerse este concreto motivo de amparo, por vulneración del derecho de defensa del recurrente.

Respecto de la alegación relativa a la indebida privación de libertad que sufrió el recurrente, dado que el plazo de cuarenta días que establece el art. 10.1 LEP venció el día 15 de agosto de 1997, sin que en ese momento se hubiera presentado en forma la demanda extradicional, considera el Ministerio Fiscal que tal alegación es extemporánea, ya que el Auto recurrido en amparo se remite a lo que declaró el Auto de 24 de diciembre de 1997, que fue recurrido en apelación, siendo desestimado tal recurso mediante Auto de 13 de abril de 1998. Por lo demás, la alegación es plenamente formalista, en cuanto que el recurrente no niega que la solicitud formal de extradición se produjera el último día de plazo y que, por tanto, la prórroga de la prisión provisional pudiera dictarse, limitándose a considerar que tal prórroga se produjo con anterioridad al vencimiento del plazo de la inicial prisión en base a notas verbales que, a su entender, no lo permitían.

En lo que se refiere a la alegación relativa a que se omitió la comparecencia ordenada en el art. 12 LEP, a juicio del Ministerio Fiscal carece de relevancia constitucional, toda vez que aparece ausente toda indefensión material, ya que el recurrente en modo alguno alude a acto de defensa alguno del que se haya visto privado como consecuencia de aquella omisión.

Por lo que hace a la alegación referente al conflicto entre el Convenio europeo de extradición y la Ley de extradición pasiva, que no ha sido resuelto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a favor de la prevalencia del primero, considera el Ministerio Fiscal, en primer lugar, que la queja es extemporánea, puesto que la cuestión fue resuelta de forma definitiva por Auto de 13 de abril de 1998 y, en segundo término, que carece de fundamento, puesto que los órganos judiciales estimaron de forma razonable que no existía la contradicción denunciada. Finalmente, afirma que la LEP no ha supuesto variación del régimen de prisión provisional, en cuanto a su duración máxima y régimen de derechos, respecto del contemplado en la LECrim, por lo que en modo alguno se ha restringido el derecho a la libertad personal por una norma con rango de ley ordinaria.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal solicita de este Tribunal que dicte Sentencia declarando que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho de defensa del recurrente (art. 24.2 CE) y anulando parcialmente el Auto de 4 de diciembre de 1998 únicamente en cuanto declara procedente la extradición solicitada para el cumplimiento de la Sentencia de 16 de marzo de 1995, retrotrayendo las actuaciones en lo que se refiere a dicha Sentencia, para que el órgano judicial competente dicte nueva resolución dando al recurrente las posibilidades de impugnación suficientes para salvaguardar sus derechos de defensa.

6. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 26 de diciembre de 2001, el recurrente en amparo formula sus alegaciones. En primer lugar, realiza una serie de consideraciones sobre la situación de privación de libertad

en la que se encuentra, derivada del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2001, que confirmó en súplica el anterior de 28 de junio, que acordó la prórroga de la prisión provisional hasta la mitad de la pena total impuesta en Turquía, que, a su juicio, vulnera su derecho a la libertad, a un proceso justo y a la tutela judicial efectiva, causándole indefensión, así como lesiona el principio de legalidad penal, lo que determina la necesidad de que se restablezcan con prontitud los derechos fundamentales lesionados en el sentido que se interesa en el presente recurso de amparo. Señala que la condena impuesta por la Sentencia de 16 de marzo de 1995, al haber sido ésta dictada en ausencia, no debería tenerse en cuenta a efectos del cómputo del plazo máximo legal de la prisión provisional, además de que lesiona los derechos fundamentales del recurrente, tal y como se expresó en la demanda de amparo. Por lo demás, se dan por reproducidos todos y cada uno de los motivos expuestos en la demanda de amparo para fundamentar la vulneración de su derechos fundamentales, interesando, en consecuencia, que se resuelva de conformidad con el suplico de aquélla.

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 16 de septiembre de 2002, el recurrente solicita que se resuelva con urgencia el presente recurso, para evitar los perjuicios que tanto a nivel personal como familiar se le están causando.

7. Por providencia de 10 de febrero de 2003 se señaló para votación y fallo de la presente Sentencia el día 13 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente recurso de amparo, el demandante, don Nejat Das, impugna el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 1998, que desestimó el recurso de súplica interpuesto frente al Auto de la Sección Primera de la citada Sala de lo Penal de 30 de julio de 1998 (resolución judicial esta última que también debe considerarse recurrida en este proceso constitucional, aunque como tal no se mencione ni en el encabezamiento ni en el suplico de la demanda de amparo, de acuerdo con reiteradas declaraciones de este Tribunal al respecto [por todas, STC 187/2002, de 14 de octubre, FJ 1), que acordó acceder a su extradición a la República de Turquía, para el cumplimiento de las condenas impuestas en dos Sentencias dictadas en aquel Estado, con la condición de que éste prestare garantía de que por parte de sus autoridades judiciales se vigilaría escrupulosamente que el demandante de amparo no sería sometido a tortura alguna. Tal como se expone con mayor detalle en los antecedentes, el Sr. Das imputa a las consideradas resoluciones judiciales la vulneración, por distintas circunstancias, de diversos de sus derechos fundamentales, en concreto, y siguiendo el orden que él mismo marca en su demanda de amparo, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la vida y a la integridad física y moral, con interdicción de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al juez ordinario predeterminado por la ley y a que el mismo sea imparcial (art. 24.2 CE), a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), a la libertad (art. 17.1 CE), y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), poniendo en ocasiones en relación unos con otros, así como con otros principios, valores o prescripciones de la Ley fundamental.

Por su parte, el Ministerio Fiscal considera que de las distintas pretensiones del demandante de amparo sólo puede ser acogida la relativa a que una de las Sentencias condenatorias para cuyo cumplimiento se accede a la extradición fue dictada en Turquía en ausencia del condenado, lo que determinaría, de acuerdo con lo declarado en la STC 91/2000, de 30 de marzo, la vulneración de su derecho de defensa, reconocido en el art. 24.2 CE, con la consecuencia, a su juicio, de que este Tribunal debería anular parcialmente el Auto de 4 de diciembre de 1998, únicamente en cuanto

declara procedente la extradición para el cumplimiento de tal Sentencia, ordenando la retroacción de las actuaciones, en lo que se refiere a dicha Sentencia, para que se dicte nueva resolución judicial dando al recurrente en amparo las posibilidades de impugnación suficientes para salvaguardar sus derechos de defensa.

2. Como acabamos de exponer, son muy diversas tanto las denuncias de lesión de sus derechos fundamentales como las supuestas causas de las mismas que el recurrente hace valer en su demanda de amparo. De un atento análisis de aquélla se desprende que, ante todo, el recurrente está cuestionando que la fase del procedimiento de extradición tramitada ante los órganos judiciales haya cumplido las finalidades que le son propias o, dicho de otra manera, que éstos hayan realizado en tal fase del procedimiento las actuaciones que de ellos cabe esperar en función de la propia naturaleza del procedimiento extradicional cuando el reclamado, por su parte, haya desarrollado una determinada actividad encaminada a poner de relieve y a intentar acreditar que existen concretas circunstancias que pueden afectar esencialmente a la decisión que se deba adoptar en tal procedimiento. Por ello, para la resolución del presente recurso de amparo, nuestra tarea ha de comenzar por el análisis de la naturaleza y características del procedimiento extradicional, especialmente, desde luego, en lo que se refiere a la fase del mismo que se desarrolla ante los órganos judiciales, pues es en la misma donde el recurrente considera que se han lesionado sus derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional.

En este sentido, ciertamente este Tribunal ha puesto de manifiesto (por todas, STC 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6) que la extradición pasiva es, por su naturaleza, un acto de auxilio judicial internacional, en cuya fase ante los órganos judiciales españoles (por todas, STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3) no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, tratándose, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado. Ahora bien, cuando los órganos judiciales españoles competentes deciden sobre si se cumplen los requisitos y garantías previstos en las normas de aplicación, bien se trate de leyes internas o de tratados internacionales, para acordar la entrega del sujeto afectado, desarrollan una labor de la mayor trascendencia, no sólo teniendo en cuenta la relevancia de los derechos e intereses del reclamado que pueden estar en juego, sino también considerando que una vez verificada la entrega al Estado requirente las lesiones de los derechos de aquél que se hayan producido o puedan producirse en el futuro y que se estén denunciando en el procedimiento de extradición van a convertirse, normalmente, en irreparables por los órganos judiciales españoles (o, incluso, por otros poderes públicos de nuestra Nación), en cuanto que éstos van a perder las posibilidades de actuación para conseguir tal finalidad reparadora aun cuando con posterioridad resulte, de una u otra manera, que tales lesiones, efectivamente, se han producido.

En cuanto a la trascendencia de los derechos e intereses del reclamado de extradición que se hallan en juego, este Tribunal ha puesto de relieve (por todas, STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3) que siempre se verá afectado el derecho fundamental a la libertad, toda vez que la declaración de procedencia de la extradición tendría efectos sobre el eventual derecho del reclamado a permanecer en nuestro país y como última consecuencia sobre el cumplimiento de una pena privativa de libertad (máxime cuando, como es el caso, nos encontramos ante una solicitud de extradición para el cumplimiento de una condena, esto es, la denominada extradición ejecutiva o de condenado). Pero no sólo eso, debe tenerse presente también que en el procedimiento de extradición el reclamado puede oponerse a ésta por considerar que en el Estado requirente se vulneraron o se van a vulnerar derechos de la mayor relevancia, como pueden ser, por conectar ya con el caso que nos ocupa en el presente recurso de amparo, los derechos a no ser discriminado, perseguido o castigado por razones vinculadas a sus condiciones personales o sociales o a su ideología u opiniones políticas, o los derechos a la vida y a la integridad física o moral.

Estas consideraciones, tendentes a destacar la especial naturaleza y carácter del procedimiento de extradición, fundamentalmente en la que podemos denominar su fase judicial, se encuentran en la doctrina que este Tribunal ha ido estableciendo en torno a la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales del reclamado en tal procedimiento de extradición. En la STC 13/1994, de 17 de enero (FJ 4), se alude a que el sometimiento a las resultas de una decisión de extradición determina la concurrencia de circunstancias muy especiales respecto de las posibilidades de control de los actos de los órganos judiciales españoles, derivados de que, en tanto no se materialice la entrega definitiva, el reclamado se encuentra sometido a la jurisdicción de los Tribunales españoles, que conservan, sólo mientras tanto, debemos recalcar ahora, plenas facultades de decisión sobre fundamentales aspectos del reclamado. Añade la indicada Sentencia que la especial naturaleza del procedimiento de extradición determina que si los órganos judiciales españoles, siendo conocedores de la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en el país de destino, no la evitan con los medios de que disponen, a dichos órganos habrá de serles imputables esa eventual vulneración de los derechos fundamentales del reclamado. Y es que, como recoge la citada STC 13/1994, de 17 de enero, en la medida en que con el procedimiento de extradición se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el Estado requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquél no sólo no puede ser indiferente para las autoridades de éste, sino que se encuentran obligadas a prevenir (esto es, a impedir que se convierta en daño un peligro efectivo □STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 6) la vulneración de derechos fundamentales que se espera de las autoridades extranjeras (o, incluso, las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse de una vulneración de derechos ya producida, añadimos), atrayéndose la competencia de los Tribunales españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado y, por tanto, por los medios con que cuentan para remediar los efectos de las irregularidades denunciadas.

Todas estas circunstancias determinan, en definitiva, que el procedimiento de extradición, tal y como se halla diseñado por la normativa de aplicación, que en el caso que nos ocupa va a venir esencialmente constituida por el Convenio europeo de extradición, de 13 de diciembre de 1957, y por la Ley de extradición pasiva (en adelante, LEP), exige una cuidadosa labor de verificación por el órgano judicial en relación con las circunstancias alegadas por el reclamado, con el fin de evitar que, en caso de accederse a la extradición, se pudiera convertir en autor de una lesión contra los derechos del extraditado, bien porque hubiera contribuido a que la lesión de un derecho ya acaecida en el extranjero no fuera restablecida, o a que no se impidiera que de la misma se derivaran consecuencias perjudiciales para el reclamado, bien porque, existiendo un temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro, éstas resulten favorecidas por la actuación de los órganos judiciales españoles al no haberlas evitado con los medios de que, mientras el reclamado se encuentra sometido a su jurisdicción, disponen, de modo que la actuación del Juez español produzca un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado (SSTC 13/1994, FJ 4, 141/1998, FJ 1, y 91/2000, FJ 6). Y tal específica obligación judicial de contrastar la veracidad de las denuncias del reclamado cuando, claro está, sean relevantes para la decisión a adoptar, se ve acrecentada por la propia naturaleza del procedimiento extradicional, dado que las posibilidades de acreditación por el reclamado de las lesiones sufridas o de que existe un riesgo real y cierto de que éstas se van a producir se ven notoriamente reducidas, en buena parte de los casos, por la concreta circunstancia de que las citadas lesiones se han sufrido o van a poder sufrirse en país extranjero. Y, por otra parte, esa obligación judicial se va tornando más acusada en función de la mayor transcendencia de los derechos e intereses del reclamado que están en juego, de modo que alcanza una amplia exigencia cuando se trata de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento (por todas, SSTC 13/1994, FJ 4, y 91/2000, FJ 7), y que tienen una especial relevancia y posición en nuestro sistema (por todas, STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4), e, incluso, tal elevada exigencia ha de graduarse en función del derecho o derechos fundamentales que puedan resultar

afectados, de modo que, necesariamente alcanzará una especial intensidad cuando sean los reconocidos en el art. 15 CE los que se encuentren en esa situación o, también desde otra perspectiva, cuando se incida sobre lo que en la STC 91/2000 denominamos contenido absoluto de los derechos fundamentales.

3. Por otra parte, debe señalarse que estas peculiaridades de los procedimientos tramitados en un Estado que tienen por objeto la decisión en torno a si una persona debe salir de su territorio, con independencia de cuál sea la concreta razón o finalidad de esa obligada salida, incluyendo por tanto lo relativo a la solicitud de extradición por un tercer Estado para que le sea entregada, ha sido puesta de relieve reiteradamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, ya en la Sentencia de 7 de julio de 1989 (caso Soering) se afirmó que cuando una decisión de extradición comporta un atentado, por sus consecuencias, al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio europeo de derechos humanos, éste puede, si no se trata de repercusiones muy lejanas, hacer que entren en juego las obligaciones de un Estado contratante en virtud de la disposición correspondiente, de modo que aunque el artículo 1 del Convenio, que señala que las altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio, no debería ser interpretado en el sentido de que consagra un principio general según el cual un Estado contratante, no obstante sus obligaciones en materia de extradición, no puede entregar a un individuo sin estar seguro de que las condiciones que se dan en el país de destino cuadran totalmente con cada una de las garantías del Convenio, estas consideraciones no deben, sin embargo, relevar a los Estados contratantes de su responsabilidad por todas o parte de las consecuencias previsibles que una extradición fuera de su jurisdicción entraña (§§ 85 y 86). Precisamente esta Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue considerada por la STC 13/1994 para afirmar el marco territorial expansivo en que se mueven los supuestos de extradición y el necesario cuidado que incumbe a las autoridades del país requerido para velar por el respeto de los derechos fundamentales del extraditado.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco del artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos (que prohíbe el sometimiento a tortura o penas o tratos inhumanos y degradantes), ha exigido al Estado que va a obligar a salir a una persona de su territorio que realice un examen riguroso y serio de las quejas de aquél al respecto (Sentencia de 11 de julio de 2000, caso Jabari contra Turquía, §§ 39 y 40) y que garantice a la persona la disponibilidad de un remedio para hacer cumplir sustancialmente tales derechos reconocidos en el Convenio (Sentencia de 11 de julio de 2000, caso G.H.H y otros contra Turquía, § 36), refiriéndose incluso a que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha de emplear un criterio riguroso en el examen de la existencia de un riesgo real de malos tratos a la persona, pudiendo reclamar de oficio el material o los elementos que considere precisos a tal fin (Sentencia de 15 de noviembre de 1996, caso Chahal contra el Reino Unido, §§ 96 y 97), así como a que el control de la existencia de un riesgo de malos tratos ha de hacerse no sólo sobre la base de las circunstancias que el Estado en cuestión conocía sino también de aquellas que debió conocer cuando adoptó su decisión (Sentencia de 20 de marzo de 1991, caso Cruz Varas y otros contra Suecia, § 76).

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado (Sentencia de 28 de marzo de 2000, caso Mahmut Kaya contra Turquía, §§ 85 y 115) que todo Estado debe tomar las medidas adecuadas para salvaguardar las vidas de aquéllos bajo su jurisdicción, así como para que no sean sometidos a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes, debiendo adoptar medidas razonables para evitar el riesgo de maltrato que conocieran o debieran conocer, surgiendo la correspondiente obligación positiva del Estado (§ 86) de la circunstancia de que las autoridades sabían o debían saber de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida del individuo (doctrina que, desde luego, debe resultar de aplicación cuando el riesgo provenga de otro Estado). En ese mismo sentido, este Tribunal Constitucional ha declarado (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7) que los poderes públicos están obligados a adoptar

las medidas necesarias para proteger la vida o la integridad física de quienes se hallan sometidos a su jurisdicción.

Pero, además, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en los procedimientos que pueden culminar con la salida de una persona del territorio de un Estado, tanto este Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no exigen que tal persona acredite de modo pleno y absoluto la vulneración de sus derechos en el extranjero, de la que van a derivarse consecuencias perjudiciales para la misma, o que esa vulneración va a tener lugar en el futuro, toda vez que ello, teniendo en cuenta esas específicas circunstancias, supondría normalmente una carga exorbitante para el afectado y, por otra parte, habida cuenta del ya apuntado riesgo que se deriva de la irreparabilidad de las lesiones por los órganos judiciales internos en el caso de que, posteriormente, quedara en efecto acreditado que esa vulneración se produjo, antes o después de la expulsión o entrega. Así, ya en la STC 13/1994 (FJ 5) nos referimos a que la protección del derecho alegado por el reclamado habría de otorgarse en el caso de que existiera un temor racional y fundado de que el mismo habría de ser vulnerado, y en la STC 91/2000 aludimos (FJ 6) al riesgo relevante de vulneración de los derechos por parte de los órganos de un Estado extranjero, o a las consecuencias previsibles que una extradición entraña fuera de la jurisdicción del Estado (FJ 6 in fine, con referencia a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Soering citada), insistiéndose en el ATC 23/1997, de 27 de enero (FJ 1), en la necesidad de excluir la entrega de sujetos que, presumiblemente, con cierto grado de seguridad, puedan sufrir vulneraciones relevantes, por existir al respecto un temor racional y fundado.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los derechos a la vida y a no padecer torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes, ha tomado también en cuenta, como hemos dicho, las peculiaridades del supuesto cuando se trata de procedimientos que pueden culminar con la obligada salida de un extranjero del territorio de uno de los Estados contratantes, no exigiendo la prueba cumplida de que la lesión se ha producido o va a producirse, sino acudiendo a otros criterios que tratan, sin duda, de evitar la irreparabilidad de los perjuicios que se ocasionarían para la persona sometida a la decisión si se verificara la entrega y, asimismo, que contemplan las específicas circunstancias que suponen para aquella una dificultad probatoria. Así, ya la citada Sentencia dictada en el caso Soering alude (§ 88) a la existencia de serios motivos que hagan suponer que exista el peligro de ser torturado o a correr el riesgo de sufrir en el Estado de destino penas o tratos inhumanos o degradantes, refiriéndose en el § 89 a la existencia de motivos serios y acreditados para creer que si el interesado es entregado al Estado requirente correrá un riesgo real de ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes. Asimismo, en posteriores Sentencias se ha referido reiteradamente a la existencia de motivos serios y acreditados para creer que el interesado, en el Estado de destino, correrá un riesgo real de ser sometido a los referidos tratos prohibidos por el Convenio (Sentencia de 17 de diciembre de 1996, caso Ahmed contra Austria, § 39; Sentencia de 11 de julio de 2000, caso G.H.H. y otros contra Turquía, § 35).

Ciertamente, los referidos pronunciamientos, tanto de este Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con las características de la prueba de la vulneración de los derechos de la persona en el Estado de destino se han producido esencialmente, y las expresiones utilizadas se adecúan fundamentalmente a ese caso, en relación con lesiones futuras, pero las circunstancias expuestas en torno a las razones en que se apoyarían (dificultad probatoria e irreparabilidad de los perjuicios, esencialmente), determinan que deben también ser aplicables respecto de vulneraciones ya producidas. En cualquier caso, es importante recordarlo, serán todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto, en relación con los distintos aspectos que puedan tener relevancia, las que, en definitiva, determinen en cada caso el grado de exigencia a las autoridades judiciales en torno a las actividades que han de desarrollar en el procedimiento de extradición

para asegurar una decisión adecuada, así como respecto de los concretos criterios en que ésta habrá de fundarse en cada caso y para cada cuestión controvertida.

4. La aplicación de todas las consideraciones que acabamos de exponer determina que los órganos judiciales, al conocer del procedimiento de extradición, han de valorar las específicas circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a su consideración, tomando en cuenta la relevancia de los derechos e intereses que se consideran lesionados o en riesgo de lesión, las consecuencias que pueden derivarse de la entrega al Estado requirente en relación con la imposibilidad de reparación de los perjuicios, la argumentación desplegada por el sometido al procedimiento y los elementos probatorios en la que intenta sostenerla y, en relación con esto último, la dificultad probatoria que para el mismo puede derivarse, precisamente, de encontrarse en un Estado distinto de aquél en el que supuestamente se cometieron o podrían cometerse las vulneraciones. En particular, de acuerdo con las consideraciones que hemos expuesto, siempre que el reclamado haya aportado determinados y concretos elementos que sirvan de apoyo razonable a su argumentación y que no le sea reprochable una actitud de falta de diligencia en la aportación del material probatorio, los órganos judiciales no podrán, sin más, denegar o desatender la relevancia de tal argumentación sobre la base de que la misma no resulta adecuadamente acreditada, sino que, por el contrario, deberán realizar cuantas actuaciones sean precisas, en función de los derechos fundamentales que puedan encontrarse en juego y demás factores en presencia, para conseguir esclarecer las circunstancias alegadas o, incluso, ante la existencia de elementos, temores o riesgos racionales de que las mismas efectivamente se hayan producido, existan, o puedan producirse, sin que aquéllos hayan sido desvirtuados por la información y documentación de la que el órgano judicial dispone, declarar improcedente la entrega del sometido al procedimiento extradicional, evitando así las consecuencias perjudiciales que de una decisión contraria podrían derivarse.

En esta misma línea, ha de tenerse en cuenta que la específica naturaleza del procedimiento de extradición determina que el órgano judicial pueda valerse de todos los medios a su alcance para adoptar la decisión que estime pertinente. En este sentido, las facultades del órgano judicial para solicitar documentación o información complementaria se hallan expresamente recogidas en la normativa aplicable, y en tal sentido lo prevé el artículo 13 del Convenio europeo de extradición, a cuyo tenor "Si la información proporcionada por la Parte requirente resultare insuficiente para permitir a la Parte requerida tomar una decisión en aplicación del presente Convenio, dicha Parte requerida solicitará la información complementaria necesaria, pudiendo fijar un plazo para la obtención de la misma", y el art. 13.1 LEP señala que el Tribunal "podrá reclamar, a petición [del Fiscal o del Abogado defensor] o de oficio, los antecedentes que juzgue convenientes en relación con el artículo siguiente", que se refiere a los extremos relacionados con las condiciones exigidas por el Tratado aplicable o por la propia Ley de extradición.

En definitiva, de lo hasta aquí expuesto se desprende que cuando el reclamado sostiene la concurrencia de alguna de las circunstancias determinantes de que el órgano judicial pueda o deba denegar la entrega al Estado requirente, y desarrolla al efecto una actividad probatoria mínimamente diligente, de la que pueda extraerse razonablemente la existencia de motivos o indicios para creer que, efectivamente, tales circunstancias pudieron acontecer, el órgano judicial debe desarrollar una actividad encaminada a obtener los datos precisos para adoptar adecuadamente su decisión que, por lo demás, no podrá fundarse sin más en la inexistencia de una prueba plena y cumplida sobre las apuntadas circunstancias alegadas por el reclamado, sino que tendrá que ponderar y valorar todos los factores y aspectos concurrentes para determinar si, a la vista de los mismos, debe accederse o no a la extradición, teniendo en cuenta los riesgos que siempre la misma comporta y a los que nos hemos referido más arriba.

Por lo demás, conviene destacar que este Tribunal Constitucional, en supuestos en que ha apreciado factores análogos a los que hemos expuesto, tales como el carácter de los derechos que estaban en juego, la dificultad probatoria, y la diligencia suficiente al respecto de quien se queja de la vulneración de aquéllos, ha llegado también a soluciones encaminadas a exigir una especial intensidad en la actividad que desarrollen los órganos judiciales dirigida al esclarecimiento de las circunstancias alegadas, así como a reclamar de éstos que en la decisión que adopten tengan en cuenta aquellos factores, en lo que se refiera a las necesidades de la prueba de esas circunstancias (en este sentido, y por todas, SSTC 38/1986, de 21 de marzo, FFJJ 2 y 4, y 41/1999, de 22 de marzo, FFJJ 7 y 8).

5. Procede ya, pues, a la luz de las consideraciones que acabamos de exponer, entrar a examinar si los Autos objeto de recurso, al acceder a la extradición a Turquía del recurrente en amparo, han respetado las exigencias propias del procedimiento de extradición en fase judicial ya que, en caso contrario, se habría vulnerado el derecho de aquél a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, íntimamente conectados ambos derechos fundamentales en este caso, toda vez que el legislador español, desarrollando la labor que le es propia, habría venido a considerar que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los reclamados de extradición, en razón de su específica situación, tan sólo puede conseguirse mediante la articulación de un específico procedimiento, dotado de una naturaleza y carácter propios, y rodeado de una serie de garantías que hacen efectiva aquella tutela judicial en función de las circunstancias concurrentes.

A estos efectos, será preciso realizar un recordatorio de los datos esenciales, expresados con detalle en los antecedentes, del procedimiento extradicional que nos ocupa, pues sólo el adecuado examen y análisis de los mismos permitirá adoptar nuestra decisión en torno a la cuestión apuntada.

En este sentido, debe señalarse que ya en la comparecencia que tuvo lugar ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 6, en el procedimiento de extradición núm. 29/97, a los efectos previstos en el art. 504 bis 2 LECrim, el hoy recurrente en amparo, don Nejat Das, manifestó que se oponía a la extradición, señalando que en el año 1992 el Gobierno mató a su padre, dado que son kurdos (aunque, sin duda, por error, en el acta de la comparecencia se recoge la referencia a que son turcos), siendo posteriormente detenido, a pesar de que no había hecho nada, fundándose simplemente en que era hijo del supuestamente asesinado, y diciéndole la policía que tenía que firmar en relación con su participación en hechos relacionados con el tráfico de droga, recordando que había solicitado asilo político en España. Todas estas circunstancias serían reiteradamente expuestas por el recurrente, ampliándolas y detallándolas, según iremos examinando, a lo largo de todo el procedimiento extradicional.

Posteriormente, una vez que habían sido aportadas al procedimiento las Sentencias condenatorias para cuyo cumplimiento se solicita la extradición y su traducción, mediante escrito presentado el día 6 de octubre de 1997 la representación del recurrente en amparo denunció que no había podido conocer, a ciencia cierta, cuáles eran los hechos o conductas por los que éste había sido condenado en Turquía y en virtud de los cuales era reclamado de extradición, toda vez que la traducción al castellano de los documentos originales presentados era, a su juicio, absolutamente ininteligible, poniendo de relieve que estaba sufriendo así privación de libertad en España por hechos que tanto a él como, destacaba, también al Juzgado, le son desconocidos. Debe señalarse también que en la página 34 de la traducción de la Sentencia de 16 de marzo de 1995, condenatoria a la pena de treinta años de prisión, parece constar que se puso de manifiesto por el Sr. Das o por su defensa, ante las autoridades turcas, que durante la detención inicial aquél estuvo "oprimid[o] material y espiritual[mente]" y que "evento es guión de la policía", con lo que se parece aludir a

que fue objeto de presiones físicas y psíquicas por quienes le detuvieron y a que fue la policía quien sometió a su firma una relación de los hechos que se le atribuían, obligándole a suscribirla.

Mediante escrito presentado el día 16 de octubre de 1997, dirigido a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la representación del recurrente en amparo puso en conocimiento del órgano judicial que aquél había presentado en noviembre de 1996 solicitud de asilo político, señalando que en la misma se exponen las razones de su huida de Turquía, que no serían otras que el asesinato de su padre por la policía y ejército turcos y las continuas persecuciones que desde entonces viene sufriendo por considerarle el "heredero de su padre", que tendría la intención de vengar su muerte. Se acompañaba fotocopia de la portada de un periódico en la que figuraba la foto del cuerpo sin vida de su padre, así como la de su hermano y cuñada, que resultaron gravemente heridos en el mismo acto. Se afirma que éste se produjo en presencia del recurrente en amparo, quien podría reconocer perfectamente a quienes lo cometieron. Se señala que el padre de éste era un importante hombre de negocios en Turquía, que al ser kurdo y simpatizante del movimiento nacionalista kurdo fue considerado por las autoridades políticas y militares turcas como uno de los más destacados líderes de dicho movimiento. Se denuncia que el recurrente en amparo fue arrestado y encarcelado, sufriendo torturas inhumanas, tanto físicas como psíquicas, cuyas secuelas aún subsisten. En definitiva, adujo que los motivos por los que se le reclamaba de extradición eran políticos, basados en consideraciones raciales así como en las opiniones políticas de su padre. Se acompañaba fotocopia de una revista en la que figuraba el padre del recurrente como kurdo asesinado por autores desconocidos. Asimismo, se acompañaba fotocopia de la solicitud de asilo, en la que junto a las circunstancias referidas con anterioridad, señalaba que es kurdo y miembro del partido PKK para la liberación del Kurdistan, afirmando que de volver a Turquía sería encarcelado y asesinado por razones políticas y por haber presenciado el asesinato de su padre.

Por escrito presentado el día 24 de octubre de 1997, la representación del recurrente volvió a denunciar que la traducción al castellano de los documentos relativos a la solicitud de extradición formulada por Turquía resulta ininteligible, señalando que para ejercitar el adecuado derecho de defensa del recurrente se estima necesaria una nueva y más exacta traducción al castellano, que permita conocer con claridad por qué se le reclama y sobre la base de qué hechos y pruebas, siendo dicha traducción presupuesto imprescindible para defender los derechos del Sr. Das, en la medida en que de su contenido la Sala debe extraer las razones por las que procede o no acceder a la extradición solicitada. Por ello, solicita que se lleve a cabo tal traducción por un traductor oficial e intérprete jurado del Ministerio de Asuntos Exteriores. Asimismo, mediante escrito de 23 de febrero de 1998, se solicita la práctica de un completo reconocimiento facultativo por parte del Médico Forense de la Audiencia Nacional, tendente a comprobar las torturas y malos tratos infligidos al recurrente durante el tiempo que estuvo privado de libertad en Turquía. Practicado dicho reconocimiento, se emitió informe médico forense el día 23 de abril de 1998, en el que se hace constar, como conclusiones, que el recurrente en amparo presenta cicatrices en axilas y hombro cuya etiología puede corresponder con la historia por él relatada sobre el sufrimiento de torturas en Turquía, además de padecer una timpanoesclerosis bilateral que precisa intervención quirúrgica, siendo causada por otitis de repetición.

El día 28 de abril de 1998, tras la puesta de manifiesto del expediente de extradición prevista en el art. 13 LEP, la representación del recurrente vuelve a insistir en el carácter ininteligible de la traducción de las Sentencias condenatorias dictadas en Turquía, lo que viene a suponer el desconocimiento de las concretas circunstancias en que fueron dictadas y de los hechos por los que el Sr. Das fue condenado, lo que impediría a la Sala verificar que el enjuiciamiento del recurrente se ha realizado con respeto de sus derechos fundamentales, lo cual sólo sería posible apreciarlo mediante una detenida lectura de las Sentencias condenatorias, en las cuales se ha de hacer constar el desarrollo del procedimiento, las pruebas obtenidas y el modo en que lo han

sido. Asimismo, se reitera lo ya expuesto en torno al sufrimiento de torturas durante su detención, sin gozar de asistencia letrada, aludiendo a informes de Amnistía Internacional y de la Asociación Pro Derechos Humanos que señalan que en Turquía la tortura sería práctica habitual a los detenidos, así como a la circunstancia de ser el recurrente kurdo, habiendo sido perseguido por motivos étnicos y políticos, considerando que era simpatizante del PKK, a lo relativo al asesinato de su padre y al atentado de su madre, hermano y cuñada, y a las consecuencias de ello sobre el recurrente en la mencionada condición de "heredero de su padre". Se alude a que la Fiscalía de Estambul ha iniciado una investigación sobre el asesinato de su padre, existiendo una inicial prohibición de investigación de tales hechos por parte de la Fiscalía General de Bakirköy. Se señala también que respecto de un socio de su padre fue solicitada su extradición por Turquía a Holanda y denegada por ésta, habiendo denunciado públicamente tal persona la existencia de irregularidades en el Ministerio del Interior turco relacionadas con el asesinato de su padre, así como a que tanto éste como sus socios gozaban del denominado "pasaporte verde", que sólo se concede a altos funcionarios. En este último sentido, se solicitó a la Sala que dirigiera oficio a la Embajada de Turquía a fin de que remitiera diversa información, que se consideraba relevante para el caso, en relación con el denominado "pasaporte verde", a lo que se accedió por Auto de 29 de junio de 1998, remitiéndose por la Embajada de Turquía un fax el día 21 de julio de 1998 en el que se informaba sobre las personas a las que se concedía, las autoridades que lo otorgaban, su plazo de validez y los efectos de los mismos.

El recurrente en amparo, personalmente, dirigió dos escritos al Presidente de la Audiencia Nacional, el primero de ellos fechado el día 6 de junio de 1998, en los que, como se detalla en los antecedentes, exponía diversas circunstancias relacionadas con el asesinato de su padre y la conexión de las autoridades turcas con el mismo y con las operaciones de tráfico de drogas por las que se le condenó, así como que el recurrente denunció los hechos a un periodista y que sus Abogados fueron asesinados, habiendo sufrido también él en la cárcel un intento de asesinato por parte de cuatro guardias y amenazas de policías del servicio de información turco, refiriendo que se abrió una investigación en el Congreso turco, muriendo el Juez responsable de la investigación en un extraño accidente de coche.

Por su parte, la representación del recurrente presentó un escrito, fechado el día 28 de mayo de 1998, junto al que se aportaba diversa documentación, detallada en los antecedentes de esta Sentencia, y relativa, esencialmente, a la resolución de un órgano judicial holandés por la que denegaba la extradición del socio del padre del Sr. Das, diversos escritos del Abogado de éste y documentos de los que se derivaría que aquél Abogado habría denunciado la existencia de importantes irregularidades en relación con los hechos por los que fue condenado el Sr. Das, así como otros relativos al asesinato de otro Abogado del Sr. Das y diversas publicaciones e informes relativos a la situación en Turquía respecto de los derechos humanos, en relación con la tortura, con la situación de los kurdos, y con presuntas irregularidades del Gobierno turco conectadas con el tráfico de estupefacientes. Posteriormente, presentó otro escrito, fechado el día 7 de julio de 1998, al que se acompañan diversos informes y publicaciones de Amnistía Internacional referentes a la situación de los derechos humanos en Turquía, documentación relativa a la solicitud de asilo en España del Sr. Das, en la que se recogen los motivos ya expuestos de las circunstancias en que se encuentra, y diversa documentación de prensa alusiva a la situación existente en Turquía.

Finalmente, en la vista oral de la extradición, celebrada el día 16 de julio de 1998, el Sr. Das mantuvo, en esencia, las alegaciones expuestas en torno a las razones de su persecución en Turquía y a los tratos padecidos, y al riesgo derivado de una eventual entrega a Turquía, y lo mismo se hizo en el recurso de súplica presentado frente al Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de julio de 1998. Finalmente, su representación presentó un escrito el día 10 de diciembre de 1998, en el que señalaba que acompañaba la traducción de

determinados documentos que ya había aportado el día 20 de noviembre, entre ellos un informe emitido por la Jefatura del Instituto Médico Forense del Ministerio de Justicia turco el día 20 de septiembre de 1993, en cuyas conclusiones se afirma que existen diversas lesiones en el recurrente, afirmándose en el cuerpo del informe que algunas de las citadas lesiones pueden ser originadas por tratos inadecuados o por la producción de torturas, tal y como se detalla en los antecedentes.

6. Pues bien, expuestas las anteriores circunstancias, no podemos sino concluir que los órganos judiciales que conocieron del procedimiento de extradición no llevaron a cabo ninguna actividad encaminada a conseguir cualquier tipo de información o documentación que pudiera servir para esclarecer las circunstancias que habían sido puestas de manifiesto por el recurrente en amparo, adoptando sin más trámites (sin perjuicio de acceder a determinadas solicitudes, según se ha expuesto) las resoluciones que, en forma de Auto, pusieron fin a la fase judicial del procedimiento, en primer término la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y, en súplica, el Pleno de ésta. Siendo ello así, cobra especial relevancia, a los fines que estamos examinando, exponer cuál es el fundamento de las decisiones de ambos órganos judiciales en relación con las circunstancias alegadas por aquél.

En primer lugar, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó Auto el día 30 de julio de 1998. Ante todo, se afirma que la defensa del reclamado ha aportado abundante documentación al procedimiento. A pesar de ello, en cuanto a las circunstancias relativas a la persecución del pueblo kurdo en Turquía y a la específica y concreta que dice padecer el reclamado en razón de las circunstancias que le afectan, especialmente por lo que se refiere al asesinato de su padre y a la agresión a su familia, se afirma que "En modo alguno queda demostrado de forma concreta por dicha documentación" que el hoy recurrente en amparo sea reclamado por la República de Turquía por tales motivos, señalándose que "Lo único que queda acreditado de una forma directa es que [el recurrente] junto a su padre ... formaba parte de una organización que a gran escala se dedicaba al tráfico de drogas y sustancias estupefacientes", estimando así que las Sentencias condenatorias "no parece que encubran ninguna persecución o castigo en consideración a la raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas" del reclamado. Por lo que se refiere a las alegaciones relativas a la naturaleza de los Tribunales que juzgaron y condenaron al recurrente en Turquía, se rechazan con fundamento en que, dada la naturaleza del delito por el que se le condenaba, tráfico de drogas, no se considera justificada la duda sobre la imparcialidad del Tribunal, pues dichos delitos no ponen en peligro los principios que constituyen el fundamento de la existencia de la República de Turquía. Finalmente, en cuanto a la alegación de que el reclamado pueda ser sometido a torturas, se considera que ante los indicios de una tortura, conforme al informe médico-forense de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 1998, aunque no conste la autoría ni motivación de aquélla, ello determina que se deba establecer como presupuesto para acceder a la extradición el que la República de Turquía preste garantías antes de la entrega del reclamado de que, por parte de las autoridades jurisdiccionales turcas, se velará con el máximo celo para que no sea sometido a tortura alguna.

Por su parte, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su Auto de 4 de diciembre de 1998, que resuelve el recurso de súplica interpuesto frente al anteriormente citado, comienza por afirmar que en cuanto a la alegada persecución del reclamado por razones étnicas, ideológicas y políticas, debido a su origen kurdo, "carece del necesario sustento probatorio", remitiéndose a los motivos expuestos en el Auto recurrido, señalando que éste analiza certeramente los documentos aportados por el reclamado, rechazando que de los mismos se puedan extraer las conclusiones pretendidas por su defensa, en cuanto que lo único que aparece acreditado de forma directa y objetiva es que aquél fue objeto de dos Sentencias condenatorias por los delitos de tráfico de drogas, "sin que la reclamación deducida por las autoridades turcas aparezca más o menos fundada en alguna persecución por razones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas". Respecto de la alegación de que el

reclamado sería sometido a torturas si se acordara su entrega a Turquía, no se acepta porque los documentos aportados al procedimiento por la representación del reclamado hacen continuas referencias a torturas, pero inferidas siempre a personas detenidas en dependencias policiales turcas y no en establecimientos penitenciarios, lugar de destino de aquél, de modo que se considera que no hay razones fundadas para creer que pueda ser sometido a torturas, y si se estimara la existencia de una lejana sospecha, cosa distinta, el Auto recurrido conjura cualquier tipo de riesgos con las garantías exigidas a las autoridades judiciales turcas, que "desde luego se estiman suficientes a los fines perseguidos, no precisando más matizaciones", añadiendo que el Auto recurrido, al señalar que no consta ni la autoría ni la motivación de las lesiones supuestamente constitutivas de torturas, está precisando que la afirmación de que dichas lesiones le fueron inferidas por la policía de su país por ser kurdo carece de sustento probatorio. Por lo que se refiere, finalmente, a las alegaciones relativas a la naturaleza y carácter de los Tribunales turcos que dictaron las Sentencias condenatorias, el Auto confirma los argumentos del recurrido en súplica.

7. La aplicación al caso enjuiciado de las consideraciones generales que establecíamos más arriba, va a conducir, adelantémoslo ya, al otorgamiento del amparo, por cuanto los órganos judiciales, tanto la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como el Pleno de ésta, han vulnerado los derechos fundamentales del recurrente a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos y a un proceso con todas las garantías, en cuanto no han respetado las que son propias del procedimiento de extradición pasiva, con el consiguiente menoscabo de la efectividad de la tutela judicial que se le ha dispensado.

Ante todo, debe partirse de la elevada relevancia y trascendencia de los derechos e intereses del recurrente que éste aduce como lesionados. Desde luego, gozan de tales caracteres los derechos a no ser discriminado por razón alguna, ni a ser perseguido o castigado por consideraciones de raza, origen u opiniones políticas, así como el derecho a ser juzgado y condenado por un Tribunal imparcial, máxime, desde luego, cuando el mismo impone penas privativas de libertad y, aún más, cuando lo son de la considerable duración de las que, en su caso, habría de sufrir en Turquía el recurrente en amparo. Pero, sobre todo, éste denunciaba que había sido sometido a torturas en Turquía y, muy especialmente, que su vida y su integridad física y moral corrían riesgo de verse lesionadas en caso de entrega a tal Estado, en cuanto que podría ser asesinado o sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes. En este sentido, respecto del derecho a la vida, este Tribunal Constitucional ha declarado (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3) que constituye el derecho fundamental esencial y troncal, en cuanto que es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible; en cuanto a la proscripción de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes, tanto este Tribunal Constitucional (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8) como, reiteradamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias, ya citadas, de 7 de julio de 1989, caso Soering, § 88, ó de 11 de julio de 2000, caso Jabari contra Turquía, § 39), han puesto de relieve que consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas, suponiendo una prohibición en términos absolutos de esas conductas, como, desde luego, tampoco resulta admisible cualquier actuación de los poderes públicos que amenace la vida, de modo que, siempre que tal amenaza revista determinada intensidad, el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial o, en su caso, de este Tribunal (por todas, STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4). Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia dictada en el caso Soering citada (§ 90), ha concretado que cuando se alega la futura lesión de las previsiones del artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos, no puede obviarse el pronunciamiento con el simple argumento de que se trataría de una violación futura del mismo, toda vez que ello supondría desconocer la eficacia de la garantía allí asegurada, vista la gravedad y el carácter irreparable del sufrimiento pretendidamente padecido. Y en el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal Constitucional, distinguiendo, eso sí, entre el temor racional y fundado de la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE y aquellos

otros aspectos que tenderían a otorgar al recurso de amparo una orientación cautelar que no le es propia (ATC 23/1997, de 27 de enero, FJ 1).

Partiendo, pues, de esa relevancia y trascendencia de los derechos en juego, es necesario analizar, en primer lugar, la actividad procesal desplegada por el recurrente en amparo, ya que en caso de que la misma se revelare como insuficiente para aportar la existencia de indicios racionales de que, efectivamente, habría sido sometido a vulneraciones de tales derechos, o de que existe un riesgo real y efectivo, un temor racional y fundado, de que los derechos a la vida o a la integridad física o moral pueden ser afectados, o bien se considerase que tal actividad se ha desarrollado con clara falta de diligencia, de modo que resulte imputable al recurrente la ausencia de elementos probatorios de trascendencia para la decisión, no podría consecuentemente imputarse a los órganos judiciales la vulneración de derecho fundamental alguno de aquél, puesto que no existirían datos relevantes que les obligaran a adoptar una determinada conducta, o bien habría sido la actuación del propio recurrente, y no la de los órganos judiciales, la que decisivamente habría determinado la lesión de sus derechos fundamentales. Pues bien, el examen de la conducta procesal de la parte recurrente, tal y como se detalla en los antecedentes y se ha expuesto de manera más resumida con anterioridad, permite considerar que éste aportó a los órganos judiciales una serie de datos, acompañados de una diversidad de documentación, referida tanto a aspectos de carácter general sobre la situación en Turquía que pudieran guardar relación con las circunstancias que le afectaban, como también a esas concretas y específicas circunstancias de su caso, que constituían, sin duda, indicios racionales en torno a que hubieran podido producirse con anterioridad, o pudieran producirse, en caso de entrega a Turquía, las lesiones en derechos de la relevancia y trascendencia a que hemos hecho referencia. En definitiva, no puede dudarse de que el recurrente en amparo desarrolló una actividad procesal mínimamente diligente, que es la exigencia ineludiblemente unida a un procedimiento de las características de la extradición, sin que se le pueda imputar una conducta negligente o considerar que sus alegaciones no pueden ser acogidas, sin más, por la simple circunstancia de que, eventualmente, pudiera considerarse que tal actividad procesal podía haber sido más completa, algo que, desde luego, siempre, en todos los casos, podría sostenerse. Pero, comprobada esa conducta mínimamente diligente, como se expuso, la específica naturaleza del procedimiento de extradición determina que, en su caso, sea el propio órgano judicial el que desarrolle la correspondiente actividad encaminada al esclarecimiento de los hechos y circunstancias de relevancia, que bien puede consistir, desde luego, si así resulta aconsejable, en el directo requerimiento al reclamado para que complete su actividad probatoria o desarrolle su argumentación en aquellos aspectos que el órgano judicial entienda de relevancia, pero sin poder limitarse a señalar que, ante la falta de inicial realización de tal actividad, sus alegaciones, sin más, no pueden ser aceptadas.

En este sentido, debe recordarse que, apoyándose en diversa documentación, el recurrente, en vía judicial, puso de manifiesto el supuesto asesinato de su padre y el atentado contra la vida de diversos miembros de su familia, así como la existencia de denuncias e investigaciones en relación con tales hechos y también respecto de las circunstancias referentes a las conductas por las que fue condenado. Asimismo, sostuvo que había sido objeto de torturas en Turquía, solicitando un informe médico-forense de la Audiencia Nacional que, realizado, no vino a descartar la existencia de las mismas e incluso aportando un informe de los servicios turcos, realizado en la época en la que dice haber sufrido torturas, que tampoco descarta la existencia de las mismas. Finalmente, como se señaló, aportó diversa documentación en torno a la situación existente en Turquía en relación con los derechos humanos. Y argumentó jurídicamente, con apoyo en doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la naturaleza y carácter de los Tribunales que le condenaron en Turquía. Asimismo, no puede olvidarse que tales alegaciones se realizaron desde los primeros momentos del procedimiento extradicional, constando incluso con anterioridad en el procedimiento de asilo, y que, también desde un primer momento, el recurrente puso de manifiesto las limitaciones que para su derecho de defensa se derivaban de la que

consideraba ininteligible traducción al castellano de las Sentencias condenatorias dictadas en Turquía y de la estructura y contenido de las mismas, que no permitían conocer con precisión los hechos que se le imputaban, la condena impuesta y las razones jurídicas sostenidas para ello.

8. Pues bien, sobre estas bases y partiendo, de esta manera, de la concurrencia de indicios racionales, tanto de carácter puramente fáctico como con significación jurídica, que pudieran sostener la real existencia de las lesiones que dice sufridas o el riesgo real de que se produzcan las temidas por el reclamado, debe señalarse que los órganos judiciales no han desarrollado la actividad que de ellos cabe esperar en el procedimiento de extradición, ni durante la tramitación del mismo, ni en la exposición de las razones que, en definitiva, les llevaron a no acoger las alegaciones del recurrente y, en consecuencia, a acceder a la extradición solicitada.

a) Así, comenzando por lo que se refiere a la tramitación procedimental, llama poderosamente la atención el que, pese a las denuncias del recurrente de que la traducción de los documentos acompañados con la solicitud de extradición resultaba ininteligible, poniendo de relieve las consecuencias que ello tenía para su derecho de defensa, y reclamando una adecuada traducción de los mismos, los órganos judiciales no sólo nunca se pronunciaron sobre tal solicitud de traducción, ni la acordaron, sino que, además, aun cuando efectivamente parece evidente con la simple lectura de los documentos traducidos que resulta prácticamente imposible una comprensión coherente de los mismos, lo que tiene especial relevancia, desde luego, en lo que afecta a las Sentencias condenatorias, los órganos judiciales no consideraran necesaria tal traducción y, en consecuencia, no consideraran necesario conocer el contenido real de las Sentencias condenatorias, de extrema gravedad en cuanto a las penas que se imponían, en cuya virtud se solicitaba la extradición. Es más, alegado por el recurrente que, al margen incluso de lo relativo a la defectuosa traducción, de la Sentencia de 16 de marzo de 1995, condenatoria a una pena privativa de libertad de extrema gravedad cual es la de treinta años de prisión, no se desprendía en absoluto cuáles eran los hechos que, en definitiva, se consideraron cometidos por el recurrente, las pruebas en que se basaban, y las razones en que se fundamentaban, y que ni siquiera de su texto resultaba que, en efecto, se le había impuesto la condena citada, el órgano judicial no consideró relevante en absoluto tales circunstancias para acceder a una extradición que, en definitiva, lo era precisamente para la ejecución de esas Sentencias. En definitiva, tal modo de proceder de los órganos judiciales permite apreciar que éstos, en los Autos impugnados, no atendieron debidamente su esencial función garantizadora en el procedimiento de extradición, orientada a la salvaguardia de los relevantes derechos e intereses del sometido al mismo, para, limitándose a considerar, en función de diversos datos que constaban en el procedimiento, que, en efecto, se habían producido dos condenas a sendas penas privativas de libertad, de cinco años y diez meses y treinta años, acceder a la extradición al margen del concreto contenido de esas Sentencias, como si el mismo resultara en absoluto irrelevante para la decisión a adoptar, a pesar de las alegaciones del recurrente en torno a las circunstancias en que se habían producido, y viniendo así a adoptar una inicial concepción de su decisión como simple acto de auxilio judicial internacional que permitiera llevar a efecto el cumplimiento de las penas impuestas en tales Sentencias.

b) Por otra parte, los órganos judiciales no consideraron preciso adoptar de oficio medida alguna encaminada al esclarecimiento de las circunstancias puestas de manifiesto por el recurrente a lo largo del procedimiento de extradición, a pesar de que, ciertamente, existían una serie de datos que, de ser ciertos, habrían de influir decisivamente en la decisión que se adoptara y respecto de los que, en principio, cabría considerar razonablemente de suma utilidad la solicitud de información complementaria, especialmente de las autoridades del Estado requirente o de los servicios competentes de la Administración española, pero también mediante la solicitud al efecto a cuantas personas, organizaciones o instituciones, públicas o privadas, pudieran aportar datos de interés, tanto respecto de las generales circunstancias que existen en Turquía en relación con los aspectos relevantes para el

supuesto que se sometía a su consideración, como en relación con las específicas circunstancias del caso concreto del recurrente en amparo.

9. Pasando ya al examen de las resoluciones judiciales objeto del presente recurso de amparo, las mismas muestran la incidencia real y efectiva que sobre los derechos del reclamado ha tenido la desatención por los órganos judiciales de las exigencias que, a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso, derivaban de la naturaleza y carácter del procedimiento extradicional del que estaban conociendo. En efecto, comenzando por las alegaciones relativas a la supuesta persecución del recurrente por consideraciones de raza, origen, o de opinión política, tanto el Auto de la Sección Primera como el del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se limitan a señalar que las circunstancias alegadas por el recurrente carecen del necesario sustento probatorio a pesar de reconocer expresamente que se aportó abundante documentación por su defensa, considerando por el contrario acreditado de forma directa y objetiva que el recurrente fue condenado por dos Sentencias en Turquía, algo que, incluso no deja de plantear alguna duda teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto en torno a la traducción al castellano de los documentos que acompañaron a la solicitud de extradición, especialmente de las Sentencias condenatorias, así como del contenido de éstas.

Por lo que se refiere a las alegaciones relativas a la naturaleza y carácter de los Tribunales que en Turquía condenaron al recurrente, de los que, o de alguno de sus miembros, se predica su falta de imparcialidad, los órganos judiciales se limitan a determinar que, dada la naturaleza del delito por el que se condena no existen razones para dudar de su imparcialidad. Sin embargo, tal razonamiento no aparece suficientemente respaldado, al no haberse obtenido información acerca del criterio competencial con base en el que conocieron dichos Tribunales de los hechos por los que se condenó al reclamado.

Finalmente, respecto de las alegaciones relativas a que el recurrente podría ser sometido a torturas en el caso de que fuera entregado a Turquía o a que lo habría sido con anterioridad, falta, en efecto, en las resoluciones judiciales una consideración específica de los problemas que podrían derivarse de la circunstancia denunciada de que el recurrente hubiera ya sufrido tortura en Turquía, de modo que tal ausencia de específica consideración, hecha valer como alegación autónoma por el recurrente para sostener la imposibilidad de acceder a la extradición, constituye ya una denegación de la efectividad de la tutela judicial que al recurrente ha de procurarse en el procedimiento de extradición.

En cuanto a la denuncia de que, en caso de entrega, el recurrente podría ser sometido a tortura en Turquía, debe recordarse, ante todo, que tratándose de lesiones futuras que puedan tener relevancia, ni este Tribunal Constitucional ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han exigido una prueba plena al efecto, sin duda teniendo en cuenta las dificultades o, incluso, imposibilidad, de aportarla, dado precisamente el carácter futuro de las lesiones que se denuncian. Así, este Tribunal, en su Sentencia 13/1994, de 17 de enero (FJ 5), incluso tratándose de derechos de indudablemente menor relevancia que los consagrados en el art. 15 CE, se refirió ya al temor racional y fundado de la violación del derecho como presupuesto para el otorgamiento del amparo y, en el mismo sentido, la STC 91/2000, de 30 de marzo, alude al riesgo relevante de vulneración de los derechos fundamentales o a las consecuencias previsibles que una extradición entraña fuera de la jurisdicción española (FJ 6), mientras que el ATC 23/1997, de 27 de enero, con relación a los tratos inhumanos o degradantes, se refiere también al temor racional y fundado, o a que debe excluirse la entrega de sujetos que presumiblemente, con cierto grado de seguridad, puedan sufrir tales tratos en el Estado requirente. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado reiteradamente que no debe procederse a decretar la salida de una persona del territorio de un Estado cuando existan motivos serios y acreditados para creer que existe un riesgo real de que aquélla pueda ser sometida a un trato

contrario al artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos en el país de destino (por todas, Sentencia de 11 de julio de 2000, caso Jabari contra Turquía, § 38).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que existe un precepto específico, que vincula a los órganos judiciales españoles en esta materia, cual es el artículo 3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), que en su apartado 1 prohíbe la extradición cuando haya razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura en el Estado de destino, añadiendo en el apartado 2 que, a los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluso, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones, manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

Pues bien, si se examinan los Autos objeto del recurso de amparo, se aprecia que no han considerado ninguna de estas circunstancias, a pesar de reconocer expresamente que podrían existir indicios de que el recurrente hubiera sido sometido a torturas. Ello determina que los órganos judiciales, en el marco de las características específicas del procedimiento de extradición, no hayan otorgado una tutela judicial efectiva a los correspondientes derechos del recurrente.

Finalmente, los Autos impugnados consideran que el presupuesto o condición al que se somete la entrega, es decir, que por parte de las autoridades judiciales de Turquía se velará con el máximo celo o se vigilará escrupulosamente que el reclamado no será sometido a tortura alguna, conjura cualquier tipo de riesgos, sin que se precisen más matizaciones. Pues bien, ciertamente resultaría muy dudoso que esa simple referencia, a que por las autoridades judiciales turcas se vele con el máximo celo para que no se produzcan torturas, sin detallar los procedimientos que deberán utilizar al efecto ni expresar cuáles, en su caso, podrían utilizar, permita desvirtuar el riesgo de sometimiento a tortura, máxime cuando no se hace referencia adecuada alguna, como se dijo, a la circunstancia de la situación existente en Turquía en relación con la tortura y, muy específicamente, en cuanto a la situación relativa a la realización de investigaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos relacionados con la misma. Pero, siguiendo el proceder del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que señala que para adoptar su decisión, aun cuando haya de estarse a la situación existente en una fecha anterior a la misma, no debe prescindirse de los datos que con posterioridad hayan aparecido y que sean relevantes (Sentencia de 30 de octubre de 1991, caso Vilvarajah y otros contra el Reino Unido, § 107), hay que señalar, como decimos, aunque se trate de circunstancias posteriores a las resoluciones objeto del presente recurso de amparo, y con la finalidad de confirmar su corrección desde un punto de vista constitucional, que en el testimonio de las actuaciones de que se dispone consta que mediante Nota verbal de 16 de marzo de 1999 la Embajada de Turquía, en relación con la exigencia de las garantías para la extradición del Sr. Das, informó que "según la legislación en vigor, y los acuerdos internacionales firmados por Turquía, se ofrecen las mencionadas garantías". Por providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 1999 se estiman suficientes dichas garantías, de donde se desprende que la garantía se ha reducido, en definitiva, a la simple correcta aplicación de la normativa vigente en Turquía, cuya existencia nunca negó el recurrente, y cuyo incumplimiento era precisamente lo que estaba denunciando que podía producirse a efectos de que se denegara la extradición.

10. Las consideraciones precedentes conducen a estimar que los Autos impugnados, por los que se declara procedente la extradición del demandante en amparo, han vulnerado los derechos fundamentales de éste a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y dada la modalidad en que se ha causado la lesión por las mencionadas resoluciones judiciales, procede la anulación de dichos Autos, tanto el dictado en instancia por la Sección Primera de la

Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 30 de julio de 1998, como el confirmatorio en recurso de súplica, emanado del Pleno de la mencionada Sala con fecha 4 de diciembre de 1998, para que, con retroacción de las actuaciones procedimentales seguidas para la emisión del primero de dichos Autos, la Sección Primera de la citada Sala de lo Penal lleve a cabo, con plenitud de jurisdicción, las actividades conducentes a una resolución sin menoscabo de los mencionados derechos fundamentales, partiendo □y es ésta una determinación pertinente y obligada en función de lo antes razonado□ de recabar la adecuada traducción oficial al idioma castellano de las resoluciones judiciales condenatorias dictadas en el Estado requirente, sin que nos incumba una mayor precisión a este respecto, ni en lo que concierne al momento procedimental concreto al que debe efectuarse la retroacción de actuaciones, ni tampoco en lo que atañe a las específicas y concretas actividades de información complementaria que el mencionado órgano judicial deba desplegar a los fines de reparación de los derechos fundamentales concernidos, extremos ambos en que no incumbe a este Tribunal efectuar pronunciamiento alguno de carácter sustitutivo del que corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Hemos de añadir, finalmente, que la demanda de amparo alberga otras quejas o motivos impugnatorios contra los referidos Autos, en relación con lo que pudiéramos llamar contenido material de las resoluciones judiciales que accedieron a la extradición solicitada por la República de Turquía, y es también cierto que la constitucionalidad de las determinaciones impugnadas, desde esta otra perspectiva sustancial o material, podría ser analizada y decidida por este Tribunal de manera separada o independiente de la vulneración de derechos constitucionales ya apreciada, producida ésta en el ámbito previo de una adecuada y garantizadora sustanciación del procedimiento extradicional.

No obstante, hemos dicho en la STC 115/2002, de 20 de mayo (FJ 3), que corresponde a este Tribunal, en función de las circunstancias concurrentes sometidas a su consideración, determinar si resulta necesario o conveniente pronunciarse en la Sentencia sobre todas las lesiones de derechos constitucionales alegadas, en el caso de que ya se haya apreciado la concurrencia de alguna de ellas. Pues bien, en el presente recurso, toda vez que la razón del otorgamiento del amparo se halla íntimamente ligada a la desatención de las características esenciales del procedimiento de extradición, resulta procedente limitar nuestro pronunciamiento al de retroacción de las actuaciones en función de los vicios de relevancia constitucional apreciados, anulando formalmente, en consecuencia, los Autos objeto del presente recurso, sin emitir pronunciamiento alguno sobre la corrección constitucional de cualesquiera de sus contenidos.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar amparo a don Nejat Das y, en consecuencia:

1º Reconocer los derechos fundamentales del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2º Anular el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de julio de 1998, y el Auto del Pleno de la misma de 4 de diciembre de 1998, recaídos en el rollo núm. 53/97, derivado de los procedimientos de extradición núms. 29/97 y 33/97, tramitados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6.

3º Retrotraer las actuaciones al momento procedimental oportuno para que la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se pronuncie de nuevo, con plena jurisdicción, sobre la extradición solicitada, con respeto de los derechos fundamentales reconocidos.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a trece de febrero de dos mil tres.

UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Auto del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 2003 TOLDOCS: 238577

Con Voto particular de los Magistrados Excmos. Sres. don Tomás S. Vives Antón, don Pablo Cachón Villar, doña María Emilia Casas Baamonde, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo

Comentario de Pablo Pérez Tremps.

Este Auto desestima la **recusación** del Presidente del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la **Ley Orgánica 6/2002**, de 27 de junio, de partidos políticos, por entender que no hay dudas sobre la imparcialidad de recusado. Se incluye Voto Particular.

TEXTO DEL AUTO

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 4 de febrero de 2003 los Letrados de los Servicios Jurídicos Centrales del Gobierno Vasco, en representación y defensa del mismo, plantearon incidente de recusación contra el Presidente del Tribunal Constitucional, Excmo. Sr. don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5550/2002, deducido en su día contra los arts. 1.1, 2.1, 3.2, 4.2 y 3, 5.1, 6, 9, Capítulo III (arts. 10 a 12) y Disposición transitoria única. 2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos (en lo sucesivo, LOPP).

2. La recusación se promueve con base en las siguientes alegaciones:

- a) Comienza por observarse que la desestimación, mediante el Auto de 20 de noviembre de 2002, de la recusación promovida mediante otrosí en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad no impide el planteamiento de una nueva recusación que se funde en hechos nuevos o conocidos con posterioridad. La causa legal de la recusación que ahora se inicia es, nuevamente, la prevista en el art. 219.9 LOPJ, por entender que el Excmo. Sr. don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera ha comprometido su opinión sobre el asunto objeto de este recurso de inconstitucionalidad, acreditando así tener un interés directo en su desestimación, al pronunciarse el pasado día 21 de enero en un acto público ampliamente seguido por los medios de comunicación a favor de una Sentencia favorable a la ilegalización de Batasuna, pronunciada en aplicación de la Ley Orgánica de partidos políticos por la Sala del Tribunal Supremo integrada en los términos establecidos en el art. 61 LOPJ.
- b) Partiendo de la doctrina sentada por este Tribunal en el ATC 226/2002, de 20 de noviembre, dictado en relación a la misma causa de recusación y en el marco de este mismo proceso constitucional, se entiende que los hechos relevantes a fin de valorar si la manifestación pública de sus opiniones por parte del recusado puede revelar la existencia de un interés directo o indirecto en el proceso que implique una toma de partido sobre el fondo del mismo son los siguientes:

* Las manifestaciones se vierten cuando ya se ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra la LOPP, en el que además el recusado está designado ponente, y cuando conoce la existencia de un proceso en el Tribunal Supremo sobre la ilegalización de Batasuna en el que es público y notorio que se ha pedido al Tribunal Supremo que plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre la referida LOPP por, entre otros motivos, tratarse de una norma de caso único.

* Las declaraciones del recusado se hicieron el pasado día 21 de enero de 2003 en un acto público, organizado por la Agencia Europa Press y Nueva Economía, en el que se encontraban presentes el Ministro de Justicia, el Presidente del Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, algunos Magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como varios Vocales del Consejo General de Poder Judicial, entre otros muchos asistentes. Dicho acto tuvo amplio eco en los medios de comunicación escritos, radiofónicos y televisivos, los cuales llegaron a emitir repetidamente las declaraciones del recusado. Entre los presentes se encontraban, por tanto, Magistrados del Tribunal Supremo que están conociendo del proceso sobre la ilegalización de Batasuna y Magistrados del Tribunal Constitucional que podrían llegar a conocer de un eventual recuso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Supremo si fuese de ilegalización.

* En cuanto a la cercanía entre las declaraciones del recusado y el objeto del proceso constitucional se pone de relieve que el proceso sobre la ilegalización de Batasuna no podría concluir con su ilegalización si no mediara una Sentencia del Tribunal Constitucional que declarase que la LOPP es ajustada a la Constitución; es decir, sin la intervención de su Presidente. Además, aun cuando las declaraciones del recusado se referían a un hipotético recuso de amparo contra una eventual Sentencia del Tribunal Supremo que acordara la ilegalización, el recusado es consciente de que el Tribunal Supremo habrá de pronunciarse sobre la procedencia de plantear o no la cuestión de inconstitucionalidad que se le ha pedido que plantee. Y si la cuestión se llega a plantear es igualmente consciente de que la ilegalización sólo podrá acordarse si la Sentencia del Tribunal Constitucional declara la conformidad con la Constitución de la LOPP. Es decir, ambos procesos, de ilegalización y recurso de inconstitucionalidad, aun cuando formalmente distintos, están íntimamente relacionados.

* Finalmente alude a las informaciones periodísticas según las cuales el Tribunal Constitucional tendría previsto desestimar el recurso de inconstitucionalidad antes de que el Tribunal Supremo tuviera que decidir si plantea o no la cuestión de inconstitucionalidad sobre la LOPP, lo que merma la apariencia de imparcialidad del primer Alto Órgano Jurisdiccional citado, sobre todo si se tiene en cuenta que en otras ocasiones las noticias sobre sus futuras resoluciones han sido confirmadas por los hechos. La credibilidad de los anuncios y declaraciones sobre los procesos constitucionales es todavía mayor cuando la opinión pública recibe el mensaje directamente del Presidente del Tribunal Constitucional, con la consecuencia de que aumenta la apariencia de su falta de imparcialidad.

c) Seguidamente se entra en el análisis de las declaraciones del recusado, que, a juicio del recusante, resultan expresivas de una toma de partido en el proceso constitucional sobre la LOPP, porque, pese a no reunir la solemnidad y formalidad propias de una actuación jurisdiccional, la percepción que interesa a los efectos de estimar comprometida la imagen de imparcialidad (no es precisa la certeza de parcialidad) es la de un ciudadano cualquiera. La declaración que originó, según el recusante, la percepción social de que el resultado del proceso constitucional estaba ya determinado, es la siguiente:

Pregunta: "Me gustaría preguntarle si la eventual ilegalización de Batasuna va a superar el trámite del Constitucional o si no va a pasar como con la Mesa de HB".

Respuesta del Presidente del Tribunal Constitucional, Excmo. Sr. don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera: "Estos son asuntos que están sometidos a la decisión de mis colegas, ahí sentados en su mayor parte, y yo no puedo, ni quiero, ni debo

pronunciarme. Ya veremos. Yo espero que lo hagamos lo mejor que sepamos y que consigamos una ilegal..., digo una solución favorable".

En estas declaraciones, entiende el recusante, se da por sentado que el Tribunal Supremo dictará Sentencia estimatoria de la demanda de ilegalización y se avanza que su objetivo es alcanzar tal ilegalización, la cual es calificada como resultado favorable. Se revela así un prejuicio sobre el proceso constitucional, porque el recusado sabe, mejor que nadie, que el alcanzar ese objetivo depende de que el Tribunal que él preside declare mediante Sentencia la constitucionalidad de la LOPP, conforme a la cual se está tramitando el proceso sobre la ilegalización de Batasuna en el Tribunal Supremo. Al utilizar la primera persona del plural pone de manifiesto que sin su actuación al frente del Tribunal Constitucional el esfuerzo de la Sala del Tribunal Supremo resultaría baldío, y de alguna forma se hace garante del resultado final pretendido.

Con cita de la jurisprudencia del TEDH y de este Tribunal acerca de la relevancia de la credibilidad pública en la imparcialidad de los Tribunales, y de lo pernicioso que resultan para ella las declaraciones previas acerca del sentido que debiera tener el fallo y el aventurar el sentido del voto de los Magistrados, sostiene el recusante que las declaraciones del recusado han tenido efectos perceptibles sobre la imagen de imparcialidad del Presidente del Tribunal Constitucional en el conjunto de la ciudadanía, en la medida en que han suscitado muchas reacciones en los medios de comunicación, quienes han entendido que la imparcialidad de la institución estaba decisivamente comprometida en este asunto. Para acreditar tal impresión cita varios editoriales y artículos publicados en diversos medios.

d) En un último apartado se sostiene el recurrente que el recusado enjuicia desfavorablemente al Gobierno Vasco hasta incidir en la faceta subjetiva de la imparcialidad. Ello se deriva, en opinión del recusante, de que en el anterior incidente el recusado aseveró, en un informe emitido en el curso de la correspondiente tramitación, que se realizaba una "deformación de los hechos en el escrito de recusación". Para el recusante de ello resulta un empeño en atribuir al Gobierno Vasco una intención torticera, lo cual constituye síntoma evidente de una determinada inclinación poco proclive a estudiar con imparcialidad los asuntos que éste le plantee.

3. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 6 de febrero de 2003, acordó admitir a trámite la recusación planteada por el Gobierno Vasco contra el Excmo. Sr. Presidente don Manuel Jiménez de Parga y nombrar instructor para el incidente al Magistrado Excmo. Sr. don Tomás S. Vives Antón. En la misma providencia se acordó nombrar ponente en el proceso principal, en sustitución del recusado y mientras se sustancia el incidente, al Excmo. Sr. don Javier Delgado Barrio, y nombrar ponente para la resolución del incidente de recusación al Excmo. Sr. don Guillermo Jiménez Sánchez.

4. El instructor del incidente, en fecha 6 de febrero de 2003, acordó requerir al Gobierno Vasco para que, en el plazo de tres días, aportase certificación del Acuerdo adoptado para formular el incidente de recusación. En la misma fecha dispuso entregar al recusado copia del escrito promoviendo la recusación y los demás documentos presentados para que, en el plazo de tres días, informara sobre la recusación.

5. El Gobierno Vasco, a través de su representación procesal y dentro del plazo conferido, aportó certificación del Acuerdo de 28 de enero de 2003 en el que se adoptó la decisión de formular la presente recusación del Excmo. Sr. don Manuel Jiménez de Parga.

6. El Presidente de este Tribunal, Excmo. Sr. don Manuel Jiménez de Parga, mediante escrito de 11 de febrero de 2003, emitió informe sobre la recusación planteada. Tras

recoger la doctrina de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que deben tenerse en cuenta las circunstancias en que se efectuaron las afirmaciones atribuidas al recusado; hay que considerar el tenor de tales afirmaciones, así como la rotundidad y la radicalidad de las mismas; y, finalmente, han de analizarse serena y profundamente las sospechas de quien recusa, a fin de comprobar si tienen la consistencia suficiente para considerarse objetiva y legítimamente justificadas.

A continuación transcribe literal e íntegramente la cinta que contiene las palabras origen de la discusión (literalidad a la que, afirma, no se pliega en su totalidad el recusante) y, seguidamente, razona que cometió un lapsus linguae del que se dio cuenta inmediatamente, pues ni siquiera llegó a terminar la palabra, pero que lo importante es valorar el auténtico pensamiento, la idea subyacente, aparentemente deformada por la equivocación. En todo caso, cuando acabó la frase diciendo que sería "una solución favorable", la interpretación más lógica tendría que ser la contraria a la propuesta por el recusante; es decir, dar la razón al hipotético recurrente en amparo (en este caso, Batasuna). Ahora bien, tratándose de una equivocación del lenguaje hemos de remitirnos al pensamiento del que hace uso de la palabra, que fue contundentemente expresado: "Son asuntos que están sometidos a la decisión de mis colegas, ahí sentados en su mayor parte, y no puedo, ni quiero, ni debo pronunciarme. Ya veremos. Yo espero que lo hagamos lo mejor que sepamos". Todo ello ha de enmarcarse, además, en el contexto de un coloquio informal, en el que incluso se permitió llamar "hija mía" a la periodista que formuló la pregunta.

Prosigue el informe ocupándose del análisis lógico del discurso, afirmando que: «Resulta evidente que ni la pregunta ni la respuesta a la periodista se refieren al recurso de inconstitucionalidad en el que se plantea la recusación. Es obvio, por otro lado, que el recurso de inconstitucionalidad es distinto de un hipotético recurso de amparo frente a una eventual ilegalización de Batasuna».

En particular se resaltan en el informe los siguientes extremos:

- 1) La pregunta hace referencia a la eventual ilegalización de Batasuna, y la respuesta también, sin que ninguna de ellas contengan referencia alguna, como presupuesto o como cuestión conexa, al recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de Partidos. Basta leer una y otra para comprobarlo.
- 2) El recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de Partidos es independiente de un hipotético recurso de amparo frente a una eventual ilegalización de Batasuna. El recusante da por supuesto algo que tan sólo forma parte de su visión de la Ley de Partidos. Pero es evidente que ambos recursos son diferentes y ambas cuestiones son distintas.
- 3) Hay que destacar, además, que la intervención no se pronuncia sobre la ilegalización de Batasuna. De las palabras de ella no se desprende, como pretende el recusante, que el recusado pondrá de su parte todo el esfuerzo necesario para lograr la ilegalización. Dijo expresamente "no puedo, ni quiero, ni debo pronunciarme". Señaló que el futuro era una incógnita ("ya veremos"). Señaló que era de esperar y que aspiraba a "hacerlo lo mejor que sepamos", así como a una solución que calificó de "favorable", expresión que claramente en ese contexto no implicaba ningún compromiso con la ilegalización de Batasuna ni con la solución contraria. ("favorable", según el DRAE, puede entenderse como "propicio", o inclinación a hacer bien, pero ya ha quedado indicado que la expresión proferida fue un lapsus linguae o errata oral). Y ahí concluye la respuesta, y comienza la siguiente pregunta, sin que en todo el resto de la intervención se volviera sobre el asunto. ¿Dónde está, pues, la opinión manifestada con contundencia y radicalidad que hemos visto que nuestra jurisprudencia (por todas, ATC 226/2002, FJ 4) requiere como condición para entender que se resiente la imparcialidad?

Finalmente, en cuanto a la argumentación del recusante acerca de que el recusado alegó (en el anterior incidente de recusación suscitado en este mismo recurso de inconstitucionalidad) que se había producido una deformación de sus palabras, afirma que: «Las imputaciones que a mí, en mi condición de Magistrado, efectúe una de las partes que intervienen en los procesos, no alteran mi espíritu ni mi talante de imparcialidad, ni en este caso ni en ningún otro, como les sucede, estoy seguro de ello, a los restantes Magistrados».

7. Mediante providencia de 11 de febrero de 2003 el instructor del incidente acordó dar traslado a la parte recusante del informe emitido por el recusado, así como la elevación de lo actuado al Pleno de este Tribunal para la resolución del incidente. Este, mediante providencia de la misma fecha, acordó oír al Ministerio Público por término de tres días para que pudiera informar lo que estimase oportuno.

8. El Fiscal, en escrito presentado el día 14 de febrero de 2003, formuló alegaciones interesando la desestimación de la recusación planteada.

a) Comienza exponiendo el marco procesal en el que se plantea la recusación y resumiendo las alegaciones del escrito por medio del que se promovió, para, seguidamente, analizar la doctrina general del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este Tribunal acerca de la distinción entre las vertientes subjetiva y objetiva de la imparcialidad. Centrándose en la vertiente objetiva recuerda que: "el punto de partida del acusado es importante sin ser decisivo. Lo que es decisivo es si sus dudas se pueden considerar objetivamente justificadas (ver la Sentencia Gautrin y otros, c. Francia, de 20 mayo 1998 [TEDH 1998\73], ap. 58, y Caso Garrido Guerrero c. España, STEDH 2000/115, de 2 de marzo). Recuerda que la STEDH 35/1999, de 16 de septiembre, caso Buscemi c. Italia, consideró violado el derecho al Juez Imparcial aunque la intervención pública del Presidente recusado tuviera como finalidad evitar una desinformación o replicar al demandante, ya que: "[...] se exige a las autoridades judiciales llamadas a juzgar la mayor discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales. Esta discreción debe llevarles a no utilizar la prensa, incluso cuando sea para responder a provocaciones. Lo imponen la exigencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial" (Ap. 67). Esta doctrina habría sido también expresada en la STC 162/1999, de 27 de septiembre.

A continuación el Ministerio Público recuerda, como contrapunto, que este Tribunal también ha declarado en su STC 69/2001, que, "para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico". Y añade que, "por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que impida afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas". Finalmente concluye su exposición de los criterios jurisprudenciales a tener en cuenta con un resumen de la doctrina plasmada en el ATC 226/2002, de 20 de noviembre.

b) En el análisis concreto de la causa de recusación planteada entiende que han de resolverse dos cuestiones: en primer término, si el recusado emitió sus opiniones sobre un caso concreto del que estuviera conociendo o previsiblemente debiera conocer en el próximo futuro como miembro del Tribunal Constitucional. En segundo lugar, si tales opiniones, emitidas sobre el fondo del proceso donde la recusación se plantea, revelan un interés directo o indirecto en el mismo, por tener, entre otras

cosas, aquellas opiniones la amplitud, el tenor, la contundencia y la radicalidad suficientes, o por crear dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez que, en el caso concreto y más allá de la simple opinión del recusante, alcancen una consistencia tal que permita afirmar que se hallan aquellas dudas o sospechas objetiva y legítimamente justificadas.

A la primera cuestión responde que el recusado está interviniendo, en su condición de Presidente del Tribunal Constitucional, en la resolución del recurso de inconstitucionalidad ya interpuesto contra la LOPP; que al mismo tiempo se está tramitando un proceso en el que, con aplicación de dicha LOPP, se demanda la ilegalización de Batasuna ante la Sala del Tribunal Supremo a que se refiere el art. 61 LOPJ; que por lo tanto existe relación entre el recurso de inconstitucionalidad pendiente y la causa que tramita el Tribunal Supremo; y que contra la sentencia que en su día pronuncie este último Tribunal cabe la posibilidad de que se interponga recurso de amparo ante el Constitucional y que en el conocimiento de éste intervenga quien ahora es recusado, aun cuando esta previsión sea más remota y dudosa.

Es verdad que la pregunta no se refiere al recurso de inconstitucionalidad en cuyo seno se plantea esta recusación, sino a un eventual recurso de amparo frente a una hipotética ilegalización de Batasuna por el Tribunal Supremo. Pero ha de admitirse, al menos a los efectos de la invocación de una apariencia de parcialidad, que, aun cuando ambos procesos sean formalmente distintos, en este caso concreto se encuentran entre sí relacionados, y que una respuesta a la suerte que haya de correr un previsible recurso de amparo frente a una supuesta ilegalización de Batasuna podría dar a entender o indicar una determinada postura respecto del recurso de inconstitucionalidad en trámite.

En cuanto a la segunda cuestión, la relativa a la índole de los términos de la respuesta para confirmar o no su trascendencia a los efectos del derecho al Juez imparcial, el Fiscal afirma que, aun cuando es cierto que la frase se puede interpretar, en términos literales, como hace la parte recusante, con el significado, a pesar de un lapsus linguae que estima evidente, de "conseguir una solución favorable a la ilegalización", lo cierto es que en el contexto completo de la frase que compone la respuesta, en su conjunto, y en el balbuceo propio de la confusión o distracción mental momentánea en la que entró la mente del recusado, proceso que todo lapsus comporta, no puede decirse que sea esa la única interpretación posible. Ya el propio recusado acababa de afirmar que ni quería ni debía ni podía pronunciarse.

Ahora bien; extraer de un mero error o descuido por distracción una conclusión firme, aunque sea en clave de apariencia, contraria diametralmente a la que se expresó con claridad meridiana antes de sufrir el lapsus y cuando se era consciente de lo que se decía, parece que, no sólo no es legítimo, sino que no está objetivamente justificado, pues, como este Tribunal ha declarado, para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto no basta que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si aquéllas alcanzan una consistencia tal que impida afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.

La respuesta completa, compuesta por una afirmación inequívoca y una titubeante frase incontrolada y sorprendente, no debe interpretarse mirando sólo a la segunda con olvido de la primera. Ello no es objetivamente lícito, al entender del Ministerio Público, ni siquiera desde la creación de una simple apariencia. Esta manera de entender los hechos parece lógica desde el punto de vista de la opinión mas generalizada, aunque no lo sea desde la apreciación de la parte recurrente, porque es adecuando al común parecer de las personas que, si quien contesta públicamente a una pregunta diciendo de forma categórica y con firmeza que "ni quiere, ni debe ni puede contestarla" sufre inmediatamente, al tratar de terminar la respuesta, un

lapsus notorio y patente, una distracción que le conduce a trastocar las palabras que utiliza para terminar la frase, ello no debe ser tenido como bastante para que la generalidad de los presentes lo hayan de interpretar nada menos que como una toma de postura consciente respecto al recurso de inconstitucionalidad sobre el que la recusación se plantea, si además, como también hemos dicho, la pregunta concierne sólo indirectamente al proceso del que el recusado está conociendo.

Finalmente tampoco encuentra justificada el Ministerio Fiscal la alegación que, sin concreción en causa legal alguna de recusación, se refiere a la pérdida de la imparcialidad subjetiva por las afirmaciones vertidas en el informe del recusado en el anterior incidente de recusación, porque, ni se separó el entonces recusado de las pruebas aportadas, ni quien ahora alega esta circunstancia la invocó cuando fue notificado de ella en providencia de 23 de octubre de 2002, ni se ve en ello nada que justifique apreciar una inclinación determinada en quien hizo aquellas alegaciones en defensa de sus argumentos en contra de la recusación.

II. Fundamentos jurídicos

1. El art. 22 LOTC dispone que los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo, entre otros principios, con el de imparcialidad, a cuyo aseguramiento obedecen precisamente las causas de recusación y abstención, materia en la que el art. 80 LOTC se remite, a falta de una regulación expresa, a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la Ley de enjuiciamiento civil. Así pues, y en virtud, a su vez, de la remisión de la Ley de enjuiciamiento civil a la Ley Orgánica del Poder Judicial, las causas de abstención y de recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional son las enumeradas en los arts. 219 y 220 LOPJ.

Tal como hemos afirmado en otras ocasiones (la última en el ATC 226/2002, de 20 de noviembre), la establecida en los citados artículos es una enumeración taxativa y de carácter cerrado, de suerte que "los motivos de recusación -han de subsumirse necesariamente en algunos de aquellos supuestos que la norma define como tales- (STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 21, que, a su vez, cita la STC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 1, y el ATC 111/1982, de 10 de marzo, FJ 5)". Ahora bien, en la medida en que las causas de recusación están funcionalmente ordenadas a la garantía constitucional de imparcialidad, han de ser interpretadas y aplicadas sin perder de vista las consideraciones constitucionales sobre la imparcialidad que debe presidir la actuación de los órganos jurisdiccionales (ATC 64/1984, de 2 de febrero).

2. Por razones sistemáticas conviene invertir el orden utilizado por el recusante comenzando por el estudio de la alegación quinta del escrito de recusación. Según el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco la expresión "deformación de los hechos en el escrito de recusación" que se utiliza en el informe que emitió por el recusado en el anterior incidente de recusación, pone de manifiesto que el Gobierno Vasco no es enjuiciado de manera favorable por el Presidente del Tribunal Constitucional, haciéndose así patente una inclinación poco proclive del Excmo. Sr. don Manuel Jiménez de Parga a estudiar con absoluta imparcialidad los asuntos en que aquél intervenga ante este Tribunal.

El carácter taxativo que, tal como acabamos de exponer en el primer fundamento jurídico, revisten las causas de recusación exige que quien aduce unos hechos para fundarla los encuadre en una de las causas legalmente previstas en los arts. 219 y 220 LOPJ. Con frecuencia hemos dicho a propósito de las demandas de amparo, y vale ello ahora en el caso que nos ocupa, que es carga de los recurrentes, no sólo el abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre el objeto del proceso constitucional, sino también el proporcionar la fundamentación que razonablemente es de esperar (por todas STC 189/2002, de 14 de octubre). Pues bien, en el escrito promoviendo la recusación no se aduce en cuál de las causas de recusación de las

establecidas legalmente habría incidido el recusado como consecuencia del contenido del informe emitido en el anterior incidente de recusación.

Por otra parte, tal como advierte el Ministerio Fiscal, el Gobierno Vasco tuvo conocimiento del informe del recusado a través de la providencia de 23 de octubre de 2002, y sin embargo guardó silencio al respecto. Sólo ahora, al hilo de esta nueva recusación basada en hechos distintos, incorpora una segunda queja que debió haberse hecho tan luego como tuvo conocimiento de la causa en que pudiera resultar fundada la recusación (art. 223.1 LOPJ). Estas dos razones conducen derechamente a la desestimación de este motivo de recusación.

3. Plantea el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por segunda vez en el marco del recurso de inconstitucionalidad 5550/2002, la recusación del Presidente de este Tribunal, el Excmo. Sr. don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al amparo de la causa prevista en el art. 219.9 LOPJ ("tener interés directo o indirecto en el pleito o causa") al entender que, como consecuencia de las opiniones vertidas en un acto público del que se hicieron eco diversos medios de comunicación, ha comprometido su opinión sobre el objeto del proceso constitucional, acreditando así tener un interés directo en su desestimación. La alegación de la misma causa de recusación y la circunstancia de que el hecho que haría incurrir en ella al recusado sea, según se sostiene por el recusante, la manifestación de opiniones que revelan un prejuicio sobre el resultado del proceso constitucional en el que se plantea la recusación, hacen especialmente adecuado partir de la doctrina ya expuesta en el citado ATC 226/2002, de 20 de noviembre. Decíamos allí que:

"Aunque no sea necesario definir de modo exhaustivo qué sea -interés directo o indirecto en el pleito o causa- (art. 219.9 LOPJ), una primera aproximación al concepto puede ser la que ofrece el Diccionario de la Lengua Española del término -interés- en su acepción de -inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona o una narración-. Partiendo de ello no cabe excluir que la manifestación o expresión de opiniones e ideas más o menos relacionados con el objeto del proceso constitucional pueda subsumirse en el concepto de -interés-, entendido éste en la amplia acepción antes descrita. Así, en el ATC 380/1993, de 21 de diciembre, al resolver una recusación planteada contra el entonces Presidente de este Tribunal, sustentada en la posible existencia de un interés como consecuencia de unas manifestaciones por él efectuadas, se vino a admitir implícitamente que determinado tipo de declaraciones pudieran ser exponentes del interés al que se refiere el art. 219.9 LOPJ, si bien se descartó en aquella ocasión su concurrencia en el caso concreto examinado, porque, - ni se hizo manifestación alguna sobre la solución que el Tribunal habría de dar al entonces supuesto recurso de amparo (por cuando el Presidente del Tribunal, hoy Magistrado recusado, se negó a responder a las preguntas que en esa línea se plantearon), ni de la mera reflexión general que sobre el particular se hizo cabe deducir la concurrencia de las causas de recusación alegadas- (FJ 3).

De otra parte la causa de recusación se invoca en este caso en un recurso de inconstitucionalidad. En atención a la naturaleza e índole del proceso, quienes han alegado en este incidente han formulado distintas consideraciones en relación con el posible juego o no, o su carácter excepcional, de las diferentes causas de recusación y abstención en este tipo de proceso, dado el carácter abstracto que reviste el examen de la constitucionalidad de las Leyes o normas con rango de Ley. A este respecto baste con señalar, a los efectos que aquí y ahora interesan en relación con el concreto motivo de recusación aducido, que el carácter abstracto que el recurso de inconstitucionalidad presenta en nuestro sistema, determinante sin duda de algunos aspectos de su regulación, no es, sin embargo, obstáculo en principio para la posible concurrencia y, en su caso, consiguiente apreciación en tal tipo de proceso de la causa de recusación invocada; esto es, de la posible existencia en algún Magistrado que tuviera que conocer del recurso de un interés directo o indirecto en el pleito o causa como consecuencia de la manifestación de opiniones más o menos relacionadas con el

objeto del proceso, de modo que un compromiso del Magistrado con una opinión determinada, expresada al margen del proceso, pudiera determinar una sospecha de parcialidad fundada en su "interés" en la causa. El art. 22 LOTC dispone que los Magistrados de este Tribunal ejercerán sus funciones de acuerdo con el principio de imparcialidad, sin margen de distinción alguna según el diferente tipo de proceso del que conozcan.

Ciertamente los Jueces y Magistrados gozan del derecho de expresar libremente sus ideas y opiniones, sin perjuicio de los deberes de discreción y reserva cuando éstas guardan relación con los asuntos sometidos a su jurisdicción (SSTEDH de 24 de febrero de 1997, caso Haes y Gijssels c. Bélgica; y de 16 de septiembre de 1999, caso Buscemi contra Italia; SSTC 46/1998, de 2 de marzo, FJ 5, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 9). Pero el problema que nos ocupa no puede resolverse en clave de libertad de expresión, pues, al margen de que unas determinadas manifestaciones de opinión, en cuanto a su emisión, puedan estar cubiertas por tal derecho, ello no impediría (si es que a tales manifestaciones pudiera atribuírsele esa transcendencia) que pudieran afectar a la imparcialidad del Juez que las emite. Libertad de expresión y afectación a la imparcialidad de un determinado Juez se sitúan en planos jurídicos distintos.

4. Las precedentes consideraciones no implican, sin embargo, que quepa dar por sentado que las manifestaciones de opiniones más o menos relacionadas con el objeto del proceso constitucional justifiquen sin más y de principio la existencia de un interés directo en su resolución, salvo que se desvirtúe la garantía constitucional de imparcialidad, ínsita en la mencionada causa de recusación. ...

-Solo cuando se pronuncien con respecto a un caso concreto del que conozcan o sea previsible que deban enjuiciar como miembros del Tribunal Constitucional, cabrá cuestionarlo-.

Para que ello ocurra, esto es, para que la manifestación pública de tales opiniones pueda revelar la existencia de un interés directo o indirecto en el proceso, habrá que atender en cada caso a las circunstancias concurrentes, y que éstas permitan constatar objetivamente dicha manifestación como una toma de partido sobre el fondo del concreto proceso en el que la recusación se plantea. Sin ánimo de exhaustividad en su enumeración, resultarán relevantes, entre otras posibles circunstancias, si la opinión ha sido manifestada en la condición de Magistrado de este Tribunal o antes de haberse adquirido la misma, una vez que el proceso se haya iniciado o resulte probable su inicio o en momentos anteriores al mismo, el medio en que se vierta la manifestación, la lejanía entre el objeto de la opinión y el objeto del proceso, así como la amplitud, -el tenor, la contundencia y radicalidad de aquélla- (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 9). De este conjunto de circunstancias, y de otras que puedan concurrir en el supuesto concreto enjuiciado, habrá que deducir si la opinión manifestada constituye una auténtica toma de partido sobre el objeto del proceso que justifique la sospecha de un interés directo o indirecto en el mismo, o si, por el contrario, simplemente se trata de la manifestación de una primera impresión, insuficiente para ser considerada como un juicio anticipado sobre la pretensión del recurrente y, por lo tanto, para fundamentar la duda sobre la imparcialidad del Magistrado".

4. Nos corresponde por tanto analizar si las concretas opiniones vertidas en el acto público al que el Gobierno Vasco se refiere en su escrito de promoción del incidente pueden ser tenidas en el concepto público como una manifestación clara y rotunda sobre la posición del recusado, en relación a la cuestión suscitada en este proceso constitucional respecto de determinados preceptos de la Ley Orgánica de partidos políticos, que le haga perder su imparcialidad objetiva en tanto reveladoras del compromiso del recusado con una determinada opinión que pueda implicar una sospecha de parcialidad.

Quedan al margen de nuestro tratamiento todas aquellas cuestiones introducidas, de forma directa o meramente apuntada, en el escrito promoviendo la recusación que se refieren a otras supuestas manifestaciones del recusado en relación con cuestiones, procesos y en circunstancias diferentes al tema que ahora nos ocupa en virtud de la delimitación efectuada en el propio escrito de recusación, concretadas en determinadas y específicas manifestaciones vertidas por el recusado el día 21 de enero de 2003 con ocasión de un acto público organizado por la Agencia Europa Press y Nueva Economía, manifestaciones que se reproducen en el escrito de recusación.

Conviene, para el ordenado análisis de la cuestión propuesta, transcribir aquí y ahora las palabras exactas pronunciadas por el recusado, que difieren ligeramente de las que se recogen en el escrito de recusación, en cuyo análisis habremos de centrarnos para resolver este incidente:

Pregunta de la periodista: "Buenos días, don Manuel, yo quería preguntarle si la eventual ilegalización de Batasuna va a superar el trámite del Constitucional o si nos va a pasar como con la Mesa de HB".

Respuesta del recusado: "Pero, hija mía, pero es que eso son asuntos que están sometidos a la decisión de mis colegas, ahí sentados en su mayor parte, y no puedo, ni quiero, ni debo pronunciarme. Ya veremos. Yo espero que lo hagamos lo mejor que sepamos y que consigamos una ilegal... una... solución, una solución favorable".

5. De acuerdo con la doctrina expuesta con anterioridad son varios los elementos que, sin ánimo exhaustivo, hemos de considerar para contrastar las manifestaciones del recusado con el canon de enjuiciamiento ya expuesto:

a) En primer lugar habrá de considerarse si la opinión ha sido manifestada siendo Magistrado de este Tribunal. En el caso que nos ocupa la pregunta y la respuesta que se acaban de transcribir se pronunciaron tras una intervención del recusado en un acto del Forum Europa al cual fue invitado ocupando el cargo de Presidente del Tribunal Constitucional.

b) En segundo lugar habrá de tenerse en cuenta el medio a través del cual se vierten las declaraciones al efecto de valorar su aptitud para crear opinión. En el caso concreto aquí estudiado la intervención tuvo lugar en acto público que revestía un evidente interés informativo puesto de manifiesto en la intervención de diversos periodistas pertenecientes a muy diversos medios de comunicación, y en el cual se formularon al recusante preguntas de muy variada índole sobre aspectos tales como su concepción de la organización política del Estado en general y de la del Estado español en particular, la evolución histórica de éste, la oportunidad de una eventual reforma constitucional, sus ideas sobre la suficiencia de la protección jurídica del medio ambiente, la celeridad en la resolución de algún concreto proceso constitucional, la premura en la reforma de ciertas normas jurídicas básicas, su opinión sobre la reinserción de los condenados y las propuestas de reformas legislativas al respecto (cuestión sobre la que tampoco estimó adecuado pronunciarse), la organización de los actos conmemorativos del vigésimo quinto aniversario de la Constitución, la posición relativa en el marco de la Carta Magna española del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, o la futura sede de este último.

c) La proximidad o conexión de las opiniones emitidas con el objeto del proceso en el que la recusación se plantea es la tercera de las circunstancias a valorar.

A tal efecto ha de destacarse que la pregunta formulada (cuya respuesta constituye el elemento fundamental al que se contrae la recusación) se refería a la eventualidad de que llegara a tramitarse un recurso de amparo contra una igualmente hipotética Sentencia del Tribunal Supremo que acordase la ilegalización de Batasuna. Aun cuando la pregunta no tiene conexión directa, ni mucho menos actual, con el objeto

del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de partidos políticos dentro del cual se sustancia este incidente, ni en la respuesta del recusado se establece conexión entre dicho actual proceso y el hipotético o futuro al que se refiere la pregunta, es lo cierto que no cabe desconocer que existe cierto grado de relación entre un proceso de inconstitucionalidad contra una ley y un proceso que se sigue por los trámites en ella previstos. Se trata de una conexión por razón de la materia. Ahora bien, la respuesta del recusado, de acuerdo con el sentido de la pregunta admitido por el recusante, se refiere a la hipotética resolución que habría de dictarse si se cumplieran las reduplicadas hipótesis necesarias: que no se hubiera declarado la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de partidos políticos; que el Tribunal Supremo hubiera dictado una Sentencia estimatoria de la demanda y, en consecuencia, acordara la disolución del partido político demandado; que se viera afectado por esta resolución un derecho fundamental o una libertad pública; y, finalmente, que alguno de los legitimados para ello tomara la iniciativa de alzarse contra una Sentencia presuntamente vulneradora de preceptos constitucionales susceptibles de sustentar un recurso de amparo. Por tanto las palabras del recusado no se refieren, cabalmente, al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de partidos políticos en cuyo marco se plantea la recusación.

d) Finalmente ha de enjuiciarse la amplitud, el tenor, la contundencia y la radicalidad de la opinión que se toma como fundamento de la recusación. Al respecto cabe distinguir tres partes bien diferenciadas en la respuesta del recusado a la pregunta formulada. En una primera se dice que ni se puede ni se debe ni se quiere pronunciar sobre la cuestión que se le plantea; en un segundo bloque semántico se formula el deseo de hacerlo lo mejor posible; finalmente se expresa el deseo de que se consiga una solución favorable, precedido de las sílabas "ilega", que sugieren una palabra que únicamente se balbucea.

Pues bien, la argumentación del escrito presentado por el recusante gira, explícita o implícitamente, en torno a esta palabra inacabada ("ilega"), que identifica con la expresión de un propósito de contribuir a alcanzar el resultado de la ilegalización de Batasuna, para cuya consecución sería imprescindible que este Tribunal desestimase, no sólo un eventual recurso de amparo contra una hipotética Sentencia del Tribunal Supremo que acordara tal ilegalización, sino que también resolviera negativamente el recuso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de partidos políticos que se encuentra pendiente de resolución. Como no cabe dudar de la incidencia que la resolución del recurso de inconstitucionalidad podría tener en el desenvolvimiento del proceso que sobre la ilegalización de Batasuna se sigue ante el Tribunal Supremo, es razonable admitir que una de las posibles interpretaciones del lapsus linguae del recusado sea, precisamente, la propuesta por el Gobierno Vasco. Ahora bien, este entendimiento de las palabras del recusado no es el único de entre los razonablemente posibles, por lo que, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 25 septiembre 2001, Caso Kizilöz contra Turquía, § 46) "para decidir si en un caso concreto existe una razón legítima para temer que un tribunal en particular carezca de independencia e imparcialidad, el punto de partida del acusado es importante sin ser decisivo. Lo que es decisivo es si sus dudas se pueden considerar objetivamente justificadas" (ver las Sentencias Gautrin y otros c. Francia, de 20 mayo 1998, § 58, y Garrido Guerrero c. España, de 2 de marzo de 2000). En el presente supuesto, siguiendo ahora parcialmente el criterio del Ministerio Fiscal, no es posible extraer de las palabras del recusado, que se califican de mero error o descuido por distracción, una conclusión firme e inequívoca, aun cuando sea en clave de apariencia, contraria diametralmente a lo que se expresaba al inicio de la frase acerca de la inoportunidad de todo pronunciamiento sobre estas cuestiones.

Del mismo modo tampoco puede afirmarse con rotundidad que el desiderátum de alcanzar una solución favorable hubiera de ser precisamente lograr, como resultado final y global de un conjunto de procesos (constitucionales y judiciales), la ilegalización de Batasuna, de manera que se pusiera de manifiesto una toma de postura preconcebida a favor de la desestimación del recurso de inconstitucionalidad contra la

Ley Orgánica de partidos políticos como forma o manera de alcanzar tal objetivo al que el recusado enderezase su conducta como Magistrado de este Tribunal. Cabe, por tanto, afirmar que no existe en la intervención del recusado elemento alguno que apoye, de manera definitiva, inconcusa y rotunda, la inteligencia que de sus palabras se propone, sino que esa "solución favorable" a la que se alude tiene un significado cuya equivocidad hace depender su sentido de cuál sea el que se atribuya a lo que se califica por el recusado como lapsus linguae, es decir, del principio de la frase.

En cualquier caso, con independencia del sentido que se quiera dar a la expresión, ya el propuesto por el Gobierno Vasco, ya el expuesto por el recusado en su informe, ya cualquier otro, lo cierto es que las palabras del recusado se refieren a un hipotético y futuro recurso de amparo distinto al recurso de inconstitucionalidad en el marco del cual se plantea este incidente de recusación.

6. Tal como ha recordado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber) y declarábamos en nuestra reciente STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 14, "para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico ... Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado [en este caso, de quien recusa], si las mismas alcanzan una consistencia tal que impida afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas".

7. Si lo hasta ahora razonado nos conduce a afirmar la equivocidad de las palabras del recusado, nuestro razonamiento habrá de seguir con el análisis, que ahora comenzamos, sobre la repercusión que tales manifestaciones tuvieron en la opinión pública. Ello nos servirá, de una parte, como test sobre el entendimiento común de tales manifestaciones, y, de otra, nos permitirá constatar si las palabras del recusado han sido entendidas como una auténtica toma de partido sobre el objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 5550/2002, contra determinados artículos de la Ley Orgánica de partidos políticos, con el deterioro que sobre la apariencia de imparcialidad ello llevaría consigo.

En efecto, la dimensión objetiva de la imparcialidad exigiría que, sobre unas manifestaciones indicativas del criterio del recusado sobre el asunto en cuestión, se hubiera producido una apariencia de pérdida de imparcialidad que mermase la confianza de la opinión pública en el Tribunal que ha de enjuiciarlo, pues, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "la acrecentada sensibilidad del público acerca de las garantías de una buena administración de justicia justifica la importancia creciente atribuida a las apariencias" (STDH de 21 marzo 2002, Sociedad de edición de artistas pintores con la boca y los pies contra la República Francesa, § 82). Ahora bien, para nuestro análisis hemos de partir de los datos y de la prueba ofrecida por el demandante sobre tal extremo, pues constituye ya doctrina asentada de este Tribunal la exigencia de que por los recusantes se especifique, razone y acredite "en qué aspecto concreto" los Magistrados recusados "tienen algún interés, mediato o no, directo o indirecto" en el proceso constitucional respecto al cual se ha formulado la recusación (AATC 224/2001, de 18 de julio, FJ 1, y 226/2002, 20 de noviembre, FJ 2).

En el presente supuesto el Gobierno Vasco aportó con la demanda 26 folios reproduciendo en fotocopias las informaciones aparecidas en diez números de diversos

diarios sobre el acto en el cual intervino el recusado. Pues bien, prescindiendo, por razones obvias de una publicación de fecha anterior a los propios hechos (la correspondiente al diario "El Mundo" de 8 de enero de 2003), el examen detenido de la documentación aportada muestra que la atención informativa sobre la intervención del recusado se centró esencialmente en una materia ajena a la que motiva este incidente de recusación, a saber, las opiniones expresadas por aquél en torno a la vigencia y sentido actual de la distinción entre nacionalidades históricas y las que no lo son (así sucede en las ediciones del día 22 de enero de los diarios "El País", "ABC", "El Mundo", "La Razón", "El Correo", "El Diario Vasco" y "La Vanguardia"). En el diario "El Mundo" se alude, en lugar secundario, a lo que se califica como rumor sobre la fecha de probable fallo del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de partidos políticos y el sentido del fallo, pero sin referencia alguna a la intervención del recusado. En otros diarios ("El País", "El Mundo", "La Razón" y "El Diario Vasco") se recoge en lugares no destacados la contestación del recusado a la pregunta sobre el proceso de ilegalización de Batasuna en el Tribunal Supremo y un eventual recurso de amparo contra la Sentencia del indicado Tribunal, sin que se realice ninguna interpretación acerca de que su respuesta dejase entrever su criterio y posición como Magistrado de este Tribunal acerca de la resolución a dictar en el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley Orgánica de partidos políticos. A lo sumo ha de puntualizarse que el editorial del diario "El País" estima que el recusado aventuró una opinión sobre el proceso seguido en el Tribunal Supremo que le inhabilitaría en un futuro y eventual recuso de amparo, pero no se contienen referencias al proceso en el que se plantea la recusación. Finalmente, en un artículo firmado por cinco Catedráticos de Derecho constitucional, cuya cualificación ya hace difícilmente identificable su criterio con el de la opinión pública en general, tras realzar el carácter no jurisdiccional de la intervención del recusado, se alude a lo que los autores estiman alusiones al resultado del proceso seguido en el Tribunal Supremo, del que no se descarta pueda llegar a conocer el Tribunal Constitucional.

A partir de la constatación de los anteriores hechos cabe concluir que el contenido del tratamiento informativo de la intervención del recusado no permite afirmar con seguridad que se haya producido una apariencia de parcialidad con la que el recusado vaya a intervenir en el asunto concreto dentro del cual se plantea la recusación. Estamos en presencia de unas manifestaciones que, a través del reflejo que de ellas se produce en los medios de comunicación pública que aporta el propio recurrente, no pasan de constituir una respuesta que, pese a lo equivoco del lapsus padecido, trataba de eludir pronunciarse sobre todo aquello que pudiera tener una conexión mediata o inmediata con el objeto del recurso de inconstitucionalidad que se sigue en este Tribunal contra la Ley Orgánica de partidos políticos. Esta conclusión podría verse incluso reforzada por los inequívocos términos de la respuesta del recusado a una pregunta posterior, en la que se solicita su opinión sobre la constitucionalidad de la generalización de la prisión provisional. Allí afirma no quererse pronunciar debido a que se trata de una cuestión acerca de la cual pudiera tener que pronunciarse en el futuro como miembro del Tribunal Constitucional.

En definitiva, y para concluir, las manifestaciones del recusado que se traen como hechos base de la recusación tuvieron, atendida la totalidad de las circunstancias en que se pronunciaron, un significado equivoco, sin que su análisis permita alcanzar certeza acerca de cómo han sido apreciadas por la generalidad de los ciudadanos (o por un ciudadano ideal o prototípico) en un entendimiento recto, razonable y carente de prejuicios. Esta conclusión se ve reforzada por la desdibujada repercusión que las manifestaciones del recusado (las aquí estudiadas, y no otras efectuadas en el mismo acto) tuvieron en los medios de comunicación pública. De aquí que no quepa afirmar, con la rotundidad que exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este Tribunal a la que nos referíamos con anterioridad, que las sospechas o dudas sobre la imparcialidad del recusado se encuentran objetiva y legítimamente justificadas.

Por todo lo expuesto, el Pleno del Tribunal Constitucional

ACUERDA

Desestimar la recusación del Excmo. Sr. don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente de este Tribunal, planteada por el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil tres.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formulan los Magistrados Excmos. Sres. don Tomás S. Vives Antón, don Pablo Cachón Villar, doña María Emilia Casas Baamonde, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, al Auto recaído en el incidente de recusación del Presidente del Tribunal Constitucional, Excmo. Sr. don Manuel Jiménez de Parga, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5550-2002.

Nuestro disenso con la resolución del presente incidente comienza por el canon sobre la imparcialidad del Juez construido por la mayoría que modifica el adoptado por nuestra doctrina y, concretamente, en el Auto 226/2002, precedente inmediato del actual. Esta modificación carece de razón de ser, tanto porque representa un cambio inopinado de doctrina en un asunto análogo muy próximo en el tiempo y relativo a la misma persona cuanto porque se aparta decisivamente de las exigencias reiteradamente proclamadas por el Tribunal Europeo en orden a la imparcialidad, exigencias que se aplican por igual a todos los Jueces, también a los constitucionales. No podemos compartir esta alteración de la doctrina constitucional.

1. En nuestro Auto anterior decíamos que para apreciar en una manifestación de un Magistrado la posible concurrencia de un interés directo era necesario que dicha manifestación pudiese aparecer objetivamente como una toma de partido y fundar, por lo tanto, una sospecha justificada de parcialidad (fundamento jurídico 4). Esa duda justificada de parcialidad es la que, según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.gr., Sentencias Hauschildt c. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989; Nortier c. Holanda, de 24 de agosto de 1993; y Gregory c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1997), determina la procedencia de la recusación. De modo que cuando se afirma en el Auto del que disentimos que "es razonable admitir que una de las posibles interpretaciones del lapsus linguae del recusado sea, precisamente, la propuesta por el Gobierno Vasco" poco más habría que añadir para llegar a la conclusión de que la recusación procedía. Si el Auto llega a una conclusión contraria es porque, tras afirmar (citando las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Kizilöz c. Turquía, de 25 de septiembre de 2001; Gautrin y otros c. Francia, de 20 de mayo de 1998; y Garrido Guerrero c. España, de 2 de marzo de 2000) que "lo que es decisivo es si sus dudas [del recusante] se pueden considerar objetivamente justificadas" cambia a renglón seguido el criterio exigiendo que se extraiga de las palabras del recusado "una conclusión firme y concluyente", un "elemento que apoye, de manera definitiva, inconcusa y rotunda", la conclusión estimatoria de la recusación (fundamento jurídico 5).

Asimismo, en las consideraciones conclusivas se dice que "el tratamiento informativo de la intervención del recusado no permite afirmar con seguridad que se haya producido una apariencia de parcialidad". Y añade que las palabras que se pronunciaron tienen "un significado equívoco, sin que su análisis permita alcanzar certeza acerca de cómo han sido apreciadas por la generalidad de los ciudadanos".

De este modo, la duda justificada sobre la falta de imparcialidad se sustituye por la certeza, probada por el recusante, lo que obliga a éste a una casi imposible probatio diabólica, operándose así una mutación constitucional injustificable en el significado de la imparcialidad. A partir de esas bases se extrae una conclusión a la que, como veremos seguidamente, no permitiría llegar la aplicación del canon correcto.

2. Aplicando al caso el canon sentado en nuestra jurisprudencia anterior, y dejando aparte la cuestión de si nos hallamos o no ante un lapsus, es preciso subrayar aquí que la frase objeto de nuestro análisis, antes que una manifestación de opinión, debe ser entendida como expresión de una determinada inclinación del ánimo. Y lo que nos compete dilucidar no es si el Presidente tenía la intención de decir lo que dijo o si efectivamente su ánimo estaba inclinado, en relación con el objeto del proceso, en el sentido que manifiesta el recusante; sino si sus palabras pudieron despertar en éste último una duda fundada de parcialidad. Para resolver esta cuestión hemos de acudir al canon anteriormente expuesto (ATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 4). Pero, con carácter previo, dado que las manifestaciones se refieren no al recurso de inconstitucionalidad, sino al eventual recurso de amparo contra una presupuesta y futura decisión de ilegalización de Batasuna, habremos de establecer si entre el objeto de uno y otro proceso existe una conexión de tal naturaleza que permita afirmar que la inclinación del ánimo por la ilegalización de Batasuna (que es en la que basan los recusantes su pretensión) comporta también una inclinación del ánimo en favor de la constitucionalidad de la ley que lo posibilita.

Pues bien, dice al efecto el Ministerio Fiscal que "sin desconocer que estamos en el terreno de las hipótesis, que la pregunta lleva implícita una petición que supone resuelta y que se mueve en el terreno de la previsión de futuro, ha de admitirse, al menos a los efectos de la invocación de una apariencia de parcialidad, que aunque ambos procesos sean formalmente distintos, en este caso concreto se encuentran entre sí relacionados y que una respuesta a la suerte que haya de correr un previsible recurso de amparo frente a una supuesta ilegalización de Batasuna podría dar a entender o indicar una determinada postura respecto del recurso de inconstitucionalidad en trámite".

Y no puede, desde luego, ser de otra manera, sobre todo atendida la índole del recurso de inconstitucionalidad que no se limita a impugnar algunos preceptos de la Ley de partidos sino que pone en cuestión su misma esencia. Así la constitucionalidad de la Ley es un presupuesto inevitable de la ilegalización de Batasuna y quien se muestre inclinado a ratificar la ilegalización no puede sino estimarse inclinado a rechazar el recurso de inconstitucionalidad propuesto por el recusante. Otra cosa es que las palabras pronunciadas por el Presidente sean bastantes para justificar la sospecha de esa inclinación.

Lo que las palabras reseñadas parecen decir, sobre todo si se pone en relación la respuesta con la pregunta, es que el Presidente espera que se consiga la ilegalización de Batasuna o lo que es lo mismo, una solución favorable a la denegación del amparo. Esta apariencia podrá discutirse; pero no cabe excluir una interpretación en tales términos, dado el tenor de lo dicho. Y puesto que aquí no estamos ante opiniones que pudieran requerir determinada contundencia o radicalidad sino ante la apariencia de una inclinación del ánimo, establecido el posible tenor de las manifestaciones, basta constatar si son lo suficientemente consistentes como para generar una sospecha fundada de parcialidad.

Especial relevancia adquiere en este punto el hecho de que sea la segunda vez que se recusa al Excmo. Sr. Presidente por sus manifestaciones y, justamente, por manifestaciones con el mismo objeto que las aquí analizadas. En las primeras, que se examinaron en el ATC 226/2002, presumía que la opinión de los Jueces sería favorable a la constitucionalidad del proyecto de ley y que su decisión no tendría probablemente problemas de constitucionalidad, dada la composición de la específica Sala del Tribunal Supremo que habría de pronunciarse sobre el asunto. Ahora avanza, en la misma línea, lo que parece ser una esperanza de que, en esta jurisdicción constitucional, la hipotética demanda de amparo sea objeto de una decisión favorable, es decir, que permita superar el trámite al que se refiere la pregunta. Esta reiteración refuerza el fundamento de la duda de parcialidad formulada por el recusante.

Pero, para advenir esa conclusión se hace preciso analizar detalladamente las circunstancias en que tales manifestaciones se emitieron. Pues bien, en primer término y a diferencia de las manifestaciones que enjuiciamos en el Auto 226/2002, las aquí analizadas se emiten en un ambiente más sereno (no se trata de una emisora de radio, sino de un foro de opinión), en lugar y espacio de mayor relevancia política, como se pone de manifiesto por la calidad de los asistentes, con amplia cobertura de prensa y precedidos de una alocución del propio Presidente que, como los demás intervinientes en dicho foro, es invitado tomando en consideración el cargo que ocupa. Así pues, el medio en que se vierten las manifestaciones no es un lugar de reflexión académica, sino un instrumento de formación de la opinión pública en el que, en principio, cualquier Juez e incluso el Presidente del Tribunal Constitucional, ha de extremar el cuidado para que sus manifestaciones no interfieran con el ejercicio de su función (Auto 226/2002, FJ 5, arriba transcrito), máxime cuando las características de la intervención -preparada y pensada- facilitan ese cuidado, pues permiten prever respuestas adecuadas para preguntas que -como la que aquí se hizo- no pueden estimarse sorpresivas. Aquí, con mayor motivo que entonces, puede afirmarse que se interviene en la condición de Presidente del Tribunal Constitucional: se trata de un acto en que la presencia del titular de esa Presidencia tiene un carácter que determina la propia configuración del acto, los asistentes (miembros del Gobierno, Magistrados de este Tribunal y del Tribunal Supremo, personas públicas, periodistas, etc.). Y, por otro lado, dichas manifestaciones, a diferencia de las anteriores, tienen lugar no sólo cuando el proceso de inconstitucionalidad ha comenzado, sino cuando está próxima su fase resolutoria. De modo que si a todo ello se añade que entre el objeto del proceso y el objeto de la opinión existe una conexión lógica de la que puede inferirse con facilidad otra anímica, no cabe poner en entredicho la justificación de las dudas de imparcialidad formuladas por el recusante.

Y para que conste, suscribimos este Voto en Madrid, a veinte de febrero de dos mil tres.

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003 de 12 de marzo de 2003

Pleno. Recurso de inconstitucionalidad núm. 5550-2002. Promovido por el Gobierno Vasco contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos.

Comentario de Pablo Pérez Tremps.

- Esta sentencia entiende que la ley impugnada es acorde con la Constitución. Llega a esta conclusión tras analizar la naturaleza jurídico-constitucional de los **partidos políticos** y su relación con el **derecho de asociación**. Excluye la existencia de un sistema de “democracia militante”, sin que exista lesión alguna a la **libertad ideológica** y a la **libertad de expresión**. Entiende que no resulta inconstitucional la previsión relativa a la disolución de partidos políticos por motivos distintos de la comisión de ilícitos penales. Se analizan otros aspectos más puntuales de la regulación de los partidos políticos, confirmando en todos los extremos la constitucionalidad de esta nueva regulación.

TEXTO DE LA SENTENCIA

Preámbulo

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 5550-2002, promovido por el Gobierno Vasco contra los arts. 1.1, 2.1, 3.2, 4.2 y 3, 5.1, 6 y 9, el Capítulo III (arts. 10 a 12) y la disposición transitoria única, apartado 2, de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. Han comparecido y formulado alegaciones el Senado y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Presidente del Tribunal don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, quien expresa el parecer del Pleno.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Juzgado de guardia el 27 de septiembre de 2002 y registrado en este Tribunal el día 30 siguiente, el Gobierno Vasco interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 1.1, 2.1, 3.2, 4.2 y 3, 5.1, 6 y 9, el Capítulo III (arts. 10 a 12) y la Disposición Transitoria Única, apartado 2, de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos.

2. El recurso se fundamenta en las siguientes alegaciones:

a) La demanda se inicia con la exposición de una serie de fundamentos de orden procesal, el primero de los cuales se refiere a la legitimación del Gobierno Vasco para la impugnación de la Ley recurrida. Tras recordar una primera línea jurisprudencial que interpretó la restricción del art. 32.2 LOTC, en punto a la legitimación de las Comunidades Autónomas para impugnar leyes del Estado, en un sentido estrictamente competencial (así, la STC 25/1981, de 14 de julio), se señala que el Tribunal ha evolucionado hasta aceptar un entendimiento de la expresión "ámbito de autonomía" como algo distinto de la suma de competencias de las que sea titular la Comunidad Autónoma. Así las cosas, la condición fijada por el art. 32.2 LOTC a la legitimación de las Comunidades Autónomas se interpreta en la actualidad con arreglo a los siguientes parámetros: Por un lado, dicha legitimación no puede hacerse depender de la reivindicación de una competencia; además, basta un punto de conexión material entre la ley estatal impugnada y el ámbito competencial autonómico interpretado en un sentido amplio; por último, el hecho de que sea el art. 32.2 LOTC y no la propia Constitución [art. 161.1 a)] el que introduce la limitación examinada impide una interpretación restrictiva y avala, por el contrario, la favorable al reconocimiento de la legitimación.

Por tanto, continúa el Gobierno Vasco, es doctrina consolidada que una Comunidad Autónoma está legitimada para actuar, no sólo en defensa de su elenco competencial, sino, también, para procurar la depuración objetiva del orden jurídico. En el presente caso, la afección del interés autonómico sería indubitada y se manifestaría en varios puntos de conexión, a saber: La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia en "organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno dentro de las normas del presente Estatuto" (art. 10.2 EAPV) y en "legislación electoral interior que afecte al Parlamento Vasco, Juntas Generales y Diputaciones Forales en los términos previstos en el presente Estatuto y sin perjuicio de las facultades correspondientes a los Territorios Históricos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 del mismo" (art. 10.3 EAPV). Ambas atribuciones permitirían ubicar en el "ámbito propio de interés de la Comunidad Autónoma" cualquier norma que, como la recurrida, atañe de forma directa al derecho fundamental del art. 23.1 de la Constitución, pues "ni la elección de representantes ni la asunción o ejercicio de su función por éstos puede llevarse a cabo sin normas que disciplinen el ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados" (STC 8/1985, de 25 de enero).

En consecuencia, para el Gobierno Vasco es innegable la incidencia de la Ley recurrida en el círculo de interés de la Comunidad Autónoma del País Vasco; certeza que se alcanzaría con sólo tomar en consideración que el objeto de aquélla es la regulación de los partidos políticos, que tienen la función constitucionalmente atribuida de servir de cauce fundamental para la participación política y son, por tanto, vehículos del pluralismo político en tanto a su través se forma y manifiesta la voluntad popular (art. 6 CE). Para el recurrente es meridiano que, de acuerdo con la concepción compleja del Estado acogida por la Constitución, una ley con el objeto y el contenido de la aquí recurrida no puede reputarse desconectada del ámbito de interés de ninguna Comunidad Autónoma y, en consecuencia, la regulación de los partidos afecta a su organización institucional o atañe a sus "intereses políticos específicos" (votos particulares a la STC 25/1981). Esta afirmación general cobraría especial

sentido para el caso del País Vasco, por ser el ámbito territorial, junto con el de la Comunidad Foral de Navarra, en el que se desenvuelve el partido político que aparece como destinatario principal del contenido más novedoso de la Ley Orgánica de partidos políticos.

Pero, además, es lo cierto, continúa el Gobierno Vasco, que, versando la Ley impugnada sobre los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 22 y 23 de la Constitución, ese ámbito objetivo debería permitir sustentar por sí solo la legitimación autonómica. Porque si los sujetos legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad " están investidos por la Constitución □ y por la Ley □ de legitimación para promover procesos constitucionales no en atención a su interés, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional" (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 3), resulta difícil negar legitimación activa a cualesquiera de dichos sujetos para someter al juicio del Tribunal Constitucional una Ley cuyo objeto es el desarrollo de un derecho fundamental. De la significación y finalidades de los derechos fundamentales dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado (STC 53/1985, de 11 de abril), siendo innecesario precisar que, en este caso, el término Estado incluye también "las organizaciones propias de las nacionalidades y regiones" (STC 32/1981, de 28 de julio), porque la garantía de la vigencia de los derechos forma parte de su atribución funcional (en ese sentido amplio, no idéntico a la suma de las competencias atribuidas). Así lo advierte el art. 9.2 a) EAPV, al disponer que "los poderes públicos vascos, en el ámbito de su competencia: a) velarán y garantizarán el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos". Ciertamente, este precepto fue descartado en su día como posible fundamento de la legitimación autonómica en el recurso de inconstitucionalidad (STC 25/1981), pero requeriría una nueva lectura, pues, una vez superada la interpretación estricta del "ámbito de autonomía" como sinónimo de elenco de competencias, el hecho de no ser aquel precepto atributivo de competencias no veda su potencial como punto de conexión, en tanto sí perfila un círculo de intereses autonómico (por más que concurrente con el del Estado) claramente diferenciado de las competencias stricto sensu. Es más, la "materia" derechos fundamentales sería, a juicio del Gobierno Vasco, el ejemplo paradigmático de materia que, sin engrosar el elenco competencial de ninguna Comunidad Autónoma, permite perfilar un interés de éstas y, por tanto, puede erigirse en presupuesto legitimador del recurso de inconstitucionalidad.

Por último, y antes de extenderse en la exposición de los fundamentos materiales del recurso, el Gobierno Vasco afirma que su demanda se presenta dentro del plazo establecido en el art. 33.1 LOTC e identifica como recurridos los siguientes preceptos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos: arts. 1.1, 2.1, 3.2, 4.2 y 3, 5.1, 6, 9, Capítulo III (arts. 10 a 12), y disposición transitoria única, apartado 2.

b) Por lo que hace a la fundamentación sustantiva de la demanda, el Gobierno Vasco comienza con una serie de consideraciones introductorias referidas a las circunstancias de la elaboración de la Ley recurrida. Tras recordar los debates que han acompañado a la Ley desde sus inicios y "la polémica que ha suscitado su aplicación práctica y la tensión política y social que existe al respecto, y a la que no es ajena la coincidencia en el tiempo de la iniciación del procedimiento de ilegalización en ella regulado y la suspensión cautelar de las actividades del partido al que se dirige acordada mediante el correspondiente Auto por el Magistrado Juez que instruye la causa penal contra el mismo en la Audiencia Nacional" (pág. 7 de la demanda), el Gobierno Vasco destaca que "el objeto de la LOPP [es] esencial en un ordenamiento que propugna, expresamente, como uno de sus valores el pluralismo político" (ibid.). Todo lo cual hace que, a su juicio, la impugnación de la Ley de Partidos Políticos "se diferencie notablemente de la de cualquier otra norma legal [, d]e tal manera, que la connatural tensión entre la voluntad del legislador plasmada en un concreto texto

normativo y la del poder constituyente, objetivada en la norma fundamental, adquiere en este caso una dimensión muy cualificada que debe ser ponderada mucho más que en cualquier otro a la hora de contrastar si la primera es respetuosa con la segunda" (ibid.). Ello no obstante, y pese a que "la carga política de la cuestión objeto de litigio merece una atención especial", el Gobierno Vasco advierte de que lo anterior "no es óbice para que esta demanda de inconstitucionalidad se mueva en el terreno estricto de la argumentación constitucional y del rigor jurídico" (pág. 8 de la demanda).

c) Entrando ya en consideraciones de fondo, el Gobierno Vasco destaca, en primer término, que la Ley Orgánica de partidos políticos carece de fundamento constitucional. Pone de relieve, a este respecto que durante la elaboración de la Constitución se rechazó expresamente una enmienda que proponía el establecimiento del control de constitucionalidad de los partidos por parte del Tribunal Constitucional. Ese rechazo, reiterado en la discusión de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, habría supuesto la equiparación de los partidos políticos al régimen común de las asociaciones del art. 22 de la Constitución en todo lo relativo a su control jurisdiccional. Esto es, la aplicación directa de los apartados 2 y 5 de ese artículo, relativos a las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito y a las que tengan carácter secreto o paramilitar. El Código penal de 1995 tipificó en su art. 515 el delito de asociación ilícita. Finalmente, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del derecho de asociación, ha confirmado, completándolo, el régimen jurídico descrito, con la peculiaridad de que su art. 2.5 extiende a toda clase de asociaciones el requisito de la democracia interna, que la Constitución sólo exigía a los partidos políticos y a otras entidades como sindicatos, organizaciones empresariales y colegios y organizaciones empresariales.

Por tanto, continúa el Gobierno Vasco, hasta la aprobación de la Ley ahora impugnada habría existido un acuerdo doctrinal y jurisprudencial plasmado en el ordenamiento vigente, según el cual la disolución de las asociaciones, y por ende de los partidos, sólo podría producirse en virtud de resolución judicial motivada (art. 22.4 CE) que únicamente podría basarse en la ilicitud penal (art. 515 CP) o, en vía civil, en el hecho de que su organización y funcionamiento no fueran democráticos (art. 6 CE). La Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de partidos políticos, preveía también la disolución de éstos por actividades contrarias a los principios democráticos. Sin embargo, la doctrina entendió que, al margen de su condición preconstitucional (STC 85/1986, de 25 de junio), la interpretación constitucionalmente conforme de ese precepto pasaba por entenderlo subsumido en los supuestos antes indicados.

Así las cosas, entiende el Gobierno Vasco que la nueva Ley de partidos habría revolucionado tan asentada opinión. Por un lado, se desmarca sin más de la Ley Orgánica del derecho de asociación; por otro, introduce límites al derecho de asociación en partidos que, supuestamente, pretenden concretar los términos en los que ha de entenderse el respeto a la Constitución y a la ley exigido por el art. 6 de la Constitución. Pero se trata de límites que no encuentran amparo en la Constitución considerada en su unidad y que contradicen abiertamente la doctrina sentada en las SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, y 122/1983, de 16 de diciembre (seguida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de mayo de 1984, que ordenó la inscripción de Herri Batasuna en el registro de partidos políticos) sobre el significado que tiene el deber de fidelidad a la Constitución previsto en el art. 9.1 CE.

No se trata, prosigue el Gobierno Vasco, de un deber de adhesión ideológica ni de conformidad con el total contenido de la Constitución. Implica únicamente "el compromiso de respetar las reglas del juego político y del orden jurídico existente, en tanto existe, y no intentar su transformación por medios ilegales". En definitiva, el sometimiento a la Constitución es compatible con los programas, proyectos y acciones políticos dirigidos a cambiarla, siempre que se empleen los medios y procedimientos propios de un Estado de Derecho. Por lo demás, los términos del art. 9.1 CE son equivalentes a los que utiliza el art. 6 CE. Éste no hace sino subrayar para los

partidos el principio de sujeción a la norma fundamental (art. 9.1 CE) y con las mismas consecuencias. Según la doctrina, la diferencia entre la sujeción de unos y otros radica en que para los ciudadanos es de carácter negativo, en tanto que para los poderes públicos la vinculación es positiva. Dado que los partidos políticos no son poderes públicos ni órganos del Estado (STC 10/1983, de 21 de febrero), sino formaciones sociales, se les ha de aplicar el principio de vinculación negativa. No obstante, ha de reconocerse que tampoco son iguales a los simples ciudadanos y a las demás asociaciones, atendiendo a las funciones que les confía el art. 6 de la Constitución. Por ello se ha sostenido que su situación se encuentra a mitad de camino entre la de los ciudadanos y la de los poderes públicos, lo que significaría que su sujeción a la Constitución estaría cualificada, aproximándose o, incluso, igualándose a la de los segundos, siendo posible, por tanto, según esta interpretación, encomendar al Tribunal Constitucional ex art. 161.1 d) CE, el control de la adecuación a la Constitución de los partidos. Ahora bien, esa atribución no requeriría establecer por ley el parámetro de enjuiciamiento, bastando con el texto constitucional, que es el que el Tribunal maneja con naturalidad en su condición de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC). Esta tesis, para el Gobierno Vasco, ha de explicar cómo se asimilan las misiones que el art. 6 de la Constitución predica de los partidos a las funciones de los órganos constitucionales. En su opinión, la asimilación es infundada, pues el art. 6 describe el papel de los partidos con la sola intención de facilitar y reforzar su actuación y de proteger al máximo el derecho de asociación política frente a los poderes públicos mismos.

Así y todo, aun dando por buena esa teoría, sólo tendría encaje constitucional en los términos señalados, esto es, equilibrando la especial sujeción a la Constitución con la garantía que supone el encargo de su control al Tribunal Constitucional. Lo que, en opinión del Gobierno Vasco, no es admisible es acogerla parcialmente para restringir por ley, de manera radical, el régimen jurídico de los partidos, impidiendo o disuadiendo del ejercicio de los derechos y libertades que se conectan y forman un todo inescindible con el derecho de asociación política (ideológica, de expresión, de reunión y manifestación y de participación política). Para valorar hasta qué punto es posible limitar la acción política de los partidos -sobre la base de un argumento de asimilación de éstos a los poderes públicos, que el Gobierno Vasco sólo asume a efectos dialécticos- es esencial no perder de vista que el art. 6 de la Constitución tiene un doble contenido. Por un lado, reconoce el derecho de asociación en partidos como una especialidad muy relevante del derecho común de asociación del art. 22 CE. Por otro, establece una garantía institucional de la existencia de un sistema plural de partidos que el legislador no puede desvirtuar. Es decir, la defensa del Estado de partidos no puede establecerse ni aplicarse en detrimento del propio Estado de partidos que se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como uno de sus valores superiores el pluralismo político. Pluralismo que toma cuerpo a través de esta garantía que hace del sistema de partidos el centro de gravedad de una Constitución abierta y la principal barrera frente a quienes quieren imponer proyectos totalitarios por la fuerza. La garantía institucional del art. 6 de la Constitución es así un límite a la libertad de configuración del legislador. Junto a ese límite, el art. 53.1 CE le impone expresamente otros dos: la vinculación a los derechos del Capítulo segundo y el respeto, en todo caso, de su contenido esencial.

Para el Gobierno Vasco, no hay en la Constitución un fundamento válido para establecer unos límites adicionales a los partidos políticos ni un control jurisdiccional específico de su actividad, aunque quizás sería posible introducir el del Tribunal Constitucional. No cabe, pues, más control que el destinado a declarar la ilicitud de los que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito o a hacer efectiva la prohibición de los que pudieran ser calificados como secretos o de carácter paramilitar. Cabría, a lo sumo, revisar y mejorar lo ya previsto en el Código penal, pero no establecer un régimen punitivo paralelo al actualmente en vigor. Tampoco cabe la introducción de un principio de democracia militante. Y ello porque en el sistema constitucional español no rige el llamado privilegio de partido (reserva del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional e inmunidad frente a la

persecución penal mientras no sea declarado inconstitucional por aquél), ni existen cláusulas de intangibilidad, ni -sobre todo- se prevén límites a los derechos que, como el de asociación política, pueden servir para cuestionar el orden establecido. En definitiva, entiende el Gobierno Vasco que el motivo fundamental para rechazar la configuración legal de nuevos requisitos o deberes límites estriba en que la Constitución no los ha integrado entre los límites al derecho de asociación en partidos (art. 6 CE) incorporando, por ejemplo, las posibles restricciones que habilita el art. 11 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Inclusión que sí ha hecho, sin embargo, el art. 28 CE en relación con el derecho de asociación sindical. En consecuencia, tampoco cabe arbitrar un control jurisdiccional ad hoc destinado a verificar el cumplimiento por los partidos de tales obligaciones o deberes constitucionales.

El recurso se extiende, a continuación, sobre la diferencia entre la defensa de la Constitución como norma y la defensa del orden constitucional como sustrato material de aquélla, que puede estar identificado expresamente bajo una cláusula de intangibilidad o de manera implícita en determinados preceptos constitucionales. Entiende el Gobierno Vasco que el art. 168 de la Constitución no identifica ese orden constitucional subyacente. Así, algunos de sus contenidos difícilmente podrían considerarse como tales (por ejemplo, el derecho de petición), mientras que otros que sí podrían serlo (en particular, el art. 10.1 CE) no están protegidos por la mayor rigidez que el precepto otorga. En ausencia de una determinación constitucional expresa se hace muy difícil la identificación del orden político porque, aunque se conviniera en aceptar una determinada delimitación del contenido mínimo sobre el que se asienta el edificio constitucional (quizás los arts. 1 y 2 CE) surge enseguida la dificultad de definir su alcance con exactitud. Además, siempre será necesario precisar cuál es el significado que ha de darse a dicho contenido sustancial y, en particular, a cada uno de los valores superiores enunciados por el art. 1.1 de la Constitución, sin olvidar los que son deducibles del texto constitucional.

El Gobierno Vasco sostiene que la Ley recurrida viene a utilizar precisamente como parámetro de la legalidad de la actividad de los partidos -en manifiesta separación del art. 6 CE- una serie de conceptos jurídicos indeterminados que no apelan a la defensa de la norma constitucional, sino, más bien, a la defensa del orden político subyacente. Tal es la consideración que merece, a su juicio, la invocación a los "principios democráticos" (art. 6 LOPP), a los "valores constitucionales expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos" (art. 9.1 LOPP), al "régimen de libertades" y al "sistema democrático", al "orden constitucional" y a la "paz pública" [arts. 9.2 y 10.2 c) LOPP]. Apelación que denota una pretensión de darles vida autónoma y diferenciada respecto de la norma constitucional; como si fueran algo extraño a ella y pudieran actuar aisladamente de las reglas que establece en relación con el derecho de asociación en partidos políticos (arts. 6 y 22 CE) y sin necesidad de una definición siquiera mínima de su significado. Ese proceder niega de facto la unidad de la Constitución, cuyos preceptos contienen normas que, con la estructura de reglas o de principios, están informadas por valores con los que dan sentido a la Constitución y que se condicionan reciprocamente. Por todo ello, el Gobierno Vasco entiende que la invocación a principios y valores en los arts. 6 y 9 de la Ley impugnada, o no añade nada a lo que dice el art. 6 de la Constitución y al régimen asociativo común del art. 22 CE, o es inconstitucional. Menos aún cabría aceptar su consideración como el núcleo o expresión del orden constitucional subyacente para erigirlos en un instrumento específico de defensa de la Constitución a través del cual sea posible eludir las prescripciones constitucionales sobre los límites y las limitaciones de los derechos fundamentales.

A este respecto advierte el Gobierno Vasco de que el articulado de la Ley no sería coherente con su preámbulo. En éste se niega que la Ley tenga por finalidad afrontar una amenaza que pueda ocasionar una crisis constitucional, aclarando que no se dirige contra las ideas ni contra el derecho a propugnar modelos de convivencia alternativos, siempre que su consecución se acometa por los cauces del Título X de la

Constitución. Por lo tanto, se hace hincapié en los medios y no en los fines. La aclaración sería necesaria porque lo peculiar de los mecanismos de defensa de la Constitución no es la prevención frente a los medios que se utilicen, sino contra los fines políticos. Sin embargo, el análisis del art. 9.2 y 3 de la Ley recurrida revelaría con nitidez que las conductas y presunciones contempladas tienen una clara connotación finalista coincidente con las normas penales (art. 515 CP), a las que se acumulan formando una amalgama contradictoria con los principios de legalidad penal (art. 25 CE), de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Desde esa óptica la Ley impugnada no puede calificarse a priori como un instrumento de defensa de la Constitución en sentido estricto, ya que sus presupuestos son los contrarios de los que fundamentan esa clase de mecanismos. Se dice y se repite por sus defensores que sólo se quiere impedir el uso de medios ilegítimos y la connivencia con la violencia y el terrorismo para cualesquiera fines políticos. Estaríamos, por tanto, ante una Ley concebida para combatir una forma sutil o enmascarada de terrorismo. Una norma llamada a ocupar un espacio a mitad de camino entre las previsiones abstractas y genéricas del art. 6 de la Constitución y las determinaciones taxativas del art. 515 del Código penal.

Pero la impresión inicial queda matizada, en opinión del recurrente, cuando se comprueba que la forma de acción política a la que se persigue es exclusiva de una determinada formación; la única que la Ley tendría en cuenta, precisamente, para enunciar las causas de ilegalización y los criterios que a tal efecto ha de aplicar el Poder Judicial. Sin embargo, para el Gobierno Vasco el espacio buscado por la Ley no existe. Además, la Ley pecaría por exceso y por defecto y presentaría los contornos de una ley singular. En efecto, afirma el Gobierno Vasco, y como apreciara en su correspondiente dictamen el Consejo de Estado, la democracia interna exigida por el art. 6 CE requeriría un mayor desarrollo que el brindado por la Ley. No sólo por la proyección interna del derecho de asociación política en las relaciones entre los socios, sino, fundamentalmente, porque la Constitución así lo demanda en su art. 6 como consecuencia del principio de legitimación democrática que contiene el art. 1.2 CE. Requisito lógico, pues malamente los partidos podrían servir de instrumento fundamental de participación política si no se rigieran ellos mismos por ese principio. La Ley también habría incurrido en excesos, pues su atención se ha centrado en el establecimiento de unos límites ciertamente difusos del derecho de asociación política con el conjunto de los derechos fundamentales mediante apelaciones vagas a principios y conceptos jurídicos indeterminados (art. 9 LOPP). Y la consecuencia jurídica que anuda a la superación de tales límites es única y, en todo caso, la más radical: la disolución del partido.

Ciertamente, admite el Gobierno Vasco que ningún derecho fundamental es ilimitado, siendo constitucionalmente posible e incluso necesario que el legislador orgánico fije con claridad sus límites a fin de garantizar el carácter preferente de aquellos otros derechos que son todavía más válidos que el de asociación en partidos (derecho a la vida, libertad personal, igualdad y, potencialmente, cualquier otro derecho fundamental, atendiendo a las circunstancias y a las posibilidades de conciliación entre ellos). No siendo de descartar que un partido se prevalga de su especial posición en detrimento de los derechos que le sirven de límite, en tal supuesto estaríamos ante el ejercicio ilegítimo de su derecho, lo que merecerá la adecuada respuesta del ordenamiento. Ahora bien, la reacción que éste disponga ha de reunir unos requisitos materiales y formales que impidan la producción de "efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si sus límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada". En definitiva, "no cabe excluir que el establecimiento de ciertos tipos penales o ciertas interpretaciones de los mismos pueda afectar a los citados derechos, siquiera sea indirectamente" (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20). Todo ello es de aplicación al derecho de asociación en partidos, sobre todo si se tiene en cuenta que las funciones que la Constitución asigna a los partidos políticos no implican sólo a sus dirigentes y afiliados, sino que tienen también un indudable efecto sobre

simpatizantes y votantes, esto es, sobre amplios sectores de la ciudadanía. Los partidos son el cauce de expresión y organización de las ideas y propuestas políticas de una parte de la sociedad, y en la medida en que cuenten con un respaldo electoral significativo su existencia adquiere una dimensión institucional indudable y ha de ser tenida en cuenta desde la perspectiva de la legitimidad democrática del sistema político, aunque sean críticos u opuestos al propio sistema.

De esta suerte, continúa el Gobierno Vasco, la disolución de un partido sólo podría basarse en las más graves infracciones y estar justificada en la protección de los más valiosos bienes jurídicos. En cualquier caso, la respuesta punitiva frente a las extralimitaciones en que incurra un partido ha de extremar el cuidado a la hora de tipificar las actividades que merezcan esa calificación jurídica, garantizando su previsibilidad y certeza con fórmulas taxativas y precisas, sin superponer o acumular los tipos ni las sanciones y graduándolas en función de su gravedad, observando escrupulosamente el principio de proporcionalidad.

d) El escrito de recurso entra así en un segundo conjunto de consideraciones sustantivas, agrupadas bajo la afirmación de que la Ley impugnada "constituye ejercicio del ius puniendi del Estado". Con ellas se viene a cuestionar, en términos generales, la constitucionalidad de los arts. 9, 10, 11 y 12 de la Ley Orgánica 6/2002, en cuanto vulneran en principio non bis in idem.

Para el Gobierno demandante, estamos, en efecto, ante un ejercicio del ius puniendi del Estado entendido en un sentido lato: la disolución es la respuesta del ordenamiento ante una valoración negativa de la actividad del partido. Para llegar a esa conclusión basta con aplicar el criterio seguido por el Tribunal Constitucional para determinar el carácter sancionador de un acto, que consiste en atender a la finalidad perseguida a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste (SSTC 239/1988, de 14 de diciembre, y 164/1995, de 13 de noviembre; ATC 323/1996, de 11 de noviembre). Así, la cuestión es si la Ley impugnada contempla una segunda sanción, sui generis, informal o atípica, acumulable a la sanción penal establecida en los arts. 515 y 529 CP.

El Gobierno Vasco sostiene que la respuesta es afirmativa y que la vulneración del principio non bis in idem es consecuencia de la identidad de los hechos definidos en el art. 515 CP y en el art. 9.2 LOPP, así como de la respuesta punitiva que merecen (art. 520 CP y art. 10 LOPP). Tras referirse a la doctrina constitucional en la materia, alega el recurrente que en el presente caso no sólo no se respeta la dimensión material de aquel principio, sino tampoco su dimensión procesal. En su opinión, la Ley impugnada no resuelve claramente la dicotomía que implica esa doble respuesta del ordenamiento, la penal y la que la misma Ley establece. Y ello, en primer lugar, porque no se establecen los criterios de preferencia, pues se renuncia a establecer una regla de subordinación entre órdenes jurisdiccionales, descartándose la aplicación de la contenida en el art. 44 LOPJ; es más, la propia Ley de partidos señala que los dos procesos se pueden sustanciar simultáneamente y producir cada uno los correspondientes efectos (art. 10.6 LOPP), observando a este respecto el Gobierno Vasco que ni siquiera desde una perspectiva de lógica jurídica tiene sentido que se declare la disolución del partido dos veces, por lo que habría que establecer un régimen de preferencia. Otro tanto cabe decir, en su opinión, de las medidas cautelares, pues según el art. 10.3 LOPP "la suspensión judicial de un partido político sólo procederá si así lo dispone el Código penal. Podrá acordarse también como medida cautelar, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento criminal o en los términos del apartado 8 del artículo 11 de la presente Ley Orgánica", y este último precepto la contempla con enorme amplitud, ya que lo será "con el alcance y los efectos que estime oportunos para salvaguardar el interés general". Podría existir, en suma, una contradicción entre las medidas dispuestas en ambas vías, sin que hubiera forma de resolverla.

La coincidencia, continúa el recurso, se da también en relación con el bien jurídico protegido: los valores y principios constitucionales y, en particular, los derechos y libertades fundamentales. El art. 515 CP se sitúa dentro del Capítulo XXI, "Delitos contra la Constitución", en su Capítulo IV, "Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas", y en la Sección 1, "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución". Lógicamente, el art. 515 CP llena de contenido al art. 22 CE y se aplica a cualesquiera asociaciones, incluidos los partidos políticos, como por lo demás precisa la propia Ley recurrida. Para el Gobierno Vasco, la repetición de los tipos es clara, así como el hecho de que se incurre en una multipunición sin fundamento. Si el listado de las asociaciones ilícitas punibles del art. 515 CP se pone en relación con las conductas relacionadas en el art. 9.2 LOPP se aprecia un evidente solapamiento.

La letra a) del art. 9.2 LOPP se refiere a la actividad consistente en "promover, justificar o exculpar los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual". En el caso de la promoción estaríamos ante una acción penalmente perseguible, basada en criterios que en el Código penal son más amplios -sin que tampoco se entienda muy bien por qué los restringe la Ley Orgánica de partidos políticos. Justificar o exculpar implica, sin embargo, una actividad distinta, frente a la conducta activa objetivamente dirigida a provocar la comisión de un delito por un tercero; estaríamos ante un comportamiento mediante el que se vienen a dar razones que sustenten la conducta delictiva o descarguen de culpa a quienes la cometen.

Por su parte, la letra b) del art. 9.2 LOPP detalla la siguiente conducta: "fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas". También aquí estaríamos ante una promoción o favorecimiento de la violencia penalmente perseguible. Violencia que tendrá, evidentemente, carácter delictivo. Legitimar, sin embargo, podría nuevamente implicar una conducta de otro orden. En línea con lo señalado anteriormente, haría referencia a aquella actividad que pudiera dar soporte ideológico a la violencia aunque no incite directamente a ella. Se reprocha al partido una falta de militancia activa para combatir la delincuencia política (terrorista) o antisistema (para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas).

Finalmente, la letra c) del art. 9.2 LOPP cierra la enumeración en los siguientes términos: "complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y la intimidación generada por la misma". Para el Gobierno Vasco, se trata de una conducta descrita en términos excesivamente genéricos, cualificada por tener una virtud conminatoria, amenazante o intimidatoria, y encierra una amalgama de conductas que pretende especificar el siguiente apartado 3 del propio art. 9. La mayoría son conductas delictivas, pues tienden a promocionar los métodos terroristas de una banda armada y a colaborar con la misma, comportamientos que revisten un significado antijurídico susceptible de acarrear una sanción penal. En opinión de recurrente, es claro que en el art. 2 de la Ley se quieren incluir, además de conductas delictivas sobre las que se proyectaría el principio non bis in idem, actitudes que, sin promover delitos, se entienden ex lege legitimadoras o justificadoras del uso de la violencia o minimizadoras de sus efectos por el simple hecho de no manifestar expresamente un absoluto rechazo a la misma. Precisamente aquéllas que en el art. 9.3 LOPP estarían fuera del Código penal y que plantean problemas de constitucionalidad sobre los que luego se entrará.

Es ésta, continúa el escrito de recurso, la diferencia que distingue a la Ley impugnada del Código penal: que se configura como un instrumento para ampliar la respuesta punitiva, para disolver partidos cuyas actividades indignan, escandalizan e irritan a muchas personas o agudizan el daño sufrido por quien ha sido víctima de un hecho punible. Con ello la Ley 6/2002 coloca a los partidos políticos en una posición de garantes del orden constitucional y les reclama una militancia constitucional que no cabe en el sistema español. Pero si ésta era la intención del legislador no tendría que haber mezclado las dos perspectivas, la del Código penal y la de la Ley de partidos, provocando una enorme confusión e inseguridad jurídicas, con incidencia en la previsibilidad de la respuesta punitiva que merezca una misma conducta, o lo que es lo mismo, con infracción del principio de tipicidad. Además, se suscita la duda de la coherencia de la Ley con su base justificadora, pues el legislador orgánico ha excluido en la Exposición de Motivos que estemos ante un mecanismo de democracia militante. Y se obliga a indagar si existe ese supuesto espacio punible, un resto de antijuridicidad no protegido por el Código penal, negado desde el principio por el Gobierno Vasco.

El escrito de alegaciones se centra seguidamente en la doctrina del Tribunal sobre el ejercicio de la libertad ideológica, con cita de las SSTC 20/1990, de 15 de febrero, y 136/1999, de 20 de julio. Para el Gobierno Vasco, el Código penal ya protege convenientemente los derechos fundamentales que podrían verse afectados por obra de un ejercicio indebido de aquella libertad, estableciendo entre aquéllos y ésta un equilibrio que surge de la ponderación inherente a la existencia de derechos concurrentes. Sin embargo, a su juicio, la Ley impugnada rompe ese equilibrio, pues con el pretexto de acometer la configuración jurídica de los partidos, lo que hace es detenerse en las limitaciones, restringiendo nuevamente las garantías consagradas en los arts. 16.1 y 20.1 de la Constitución, con una finalidad claramente disuasoria.

Hay que poner de relieve, continúa el recurso, que la relación que se establece entre los apartados 2 y 3 del art. 9 LOPP no guarda la conexión lógica necesaria. Por un lado, las conductas que se describen y califican como constitutivas de una "vulneración sistemática de las libertades y derechos fundamentales" que no constituyen ilícito penal no pueden llegar a tener esa entidad. Por otro, no son equivalentes entre sí ni entrañan el mismo riesgo para esos bienes jurídicos. No se niega que la disolución sea necesaria cuando un partido incurra en un delito de asociación ilícita; lo que no parece justificado es que esa medida se aplique a partidos que preconizan ideas o realizan actividades que "molestan, chocan o inquietan", cuando no incitan propiamente al uso de la violencia haciendo apología de métodos violentos y terroristas. En los partidos políticos, la necesaria e intensa conexión entre los medios (actividades) y los fines que se da en toda asociación adquiere una dimensión política inevitable que afecta a menudo a los aspectos vitales del sistema de convivencia y a los fundamentos mismos de ésta, pues lo que frecuentemente se discute, se promueve o se cuestiona es el orden mismo de valores, la concepción de la democracia, de la sociedad o del Derecho. Por eso, una restricción desmedida de las actividades o una descripción finalista de las conductas acaba afectando a los propios fines. Por otro lado, recuerda el Gobierno Vasco que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que no se encuentra amparada en el Convenio la disolución de un partido por el solo hecho de compartir postulados con una organización terrorista. La defensa de determinados principios no contrarios a los fundamentos de la democracia por parte de una formación política, sosteniendo los actos del terrorismo, disminuiría la posibilidad de tratar las cuestiones relativas a ello en el marco de un debate democrático y permitiría a los movimientos armados monopolizar la defensa de estos principios, lo que estaría en contradicción con el espíritu del art. 11 del Convenio (STEDH de 9 de abril de 2002, caso Yazar y otros).

El examen del art. 9.3 LOPP refuerza, en opinión del recurrente, la opinión anterior. De su análisis se deduce que intenta circunscribir las conductas perseguibles, pues no en vano manifiesta claramente esa pretensión de no castigar otras ("se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior"). Es

decir, no es una norma meramente enunciativa de posibles ilícitos, sino claramente delimitativa, de forma que quede claro que esas conductas son todas las que son y ninguna otra más. El elenco de conductas que describe es de muy diversa naturaleza, sin que se atienda a su verdadera relevancia relativa. Recordando que este Tribunal ha declarado que la regla de la proporcionalidad de sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (STC 37/1989, de 15 de febrero), se alega que esa exigencia es mayor cuando se restringe, hasta el punto de negar su pervivencia, la actividad de un partido, dado su papel esencial para asegurar el pluralismo y el adecuado funcionamiento de la democracia (STC 136/1999, de 20 de julio). Respecto de los bienes o intereses que el precepto examinado pretende proteger, no cabe duda, para el Gobierno Vasco, de que tienen entidad suficiente como para que se justifique una restricción al derecho de asociación en la vertiente de asociación política para la constitución de partidos. Pero los problemas los suscita el juicio de necesidad de la medida y, sobre todo, la proporcionalidad en sentido estricto de la sanción que obliga a imponer el art. 11 de la Ley recurrida: la disolución.

Hay que recordar, continúa el Gobierno recurrente, que el art. 587 CP castiga el "enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares" (Reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre). Por su parte, el art. 576 CP castiga los actos de colaboración con las actividades y finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista, e incluye una cláusula residual referida a, "en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas" -todavía no reformado, advierte el Gobierno Vasco, pese a la incidencia que sobre el antiguo art. 174 bis a) tuvo la STC 136/1999, de 20 de julio.

Una parte importante de las conductas del art. 9.3 LOPP se encuentran tipificadas en el Código penal, ya que son subsumibles en los delitos que acaban de referirse. En lo que se refiere a la conducta descrita en la letra a), no habría dificultad en encajarla en el delito de apología, con la salvedad de las actuaciones implícitas (apoyo tácito), que no entrarían en el círculo protegido por ese tipo. La apología no puede expresarse, como es patente, de modo encubierto, por medio de alegorías o circunloquios, ni tampoco de forma implícita. Esa punibilidad del apoyo tácito, desde la perspectiva del art. 6 CE, no resulta aceptable, al suponer una restricción ilegítima de la libertad ideológica, pues no cabe extraer una consecuencia jurídica de un silencio, ya que nadie está obligado a expresar sus ideas, ni de forma coherente puede sufrir sanción por ejercer ese derecho. En ningún caso la no condena puede servir como forma de justificación, exculpación o legitimación de los atentados contra el régimen democrático de libertades ni puede valorarse como elemento probatorio acreditativo de que la acción política del partido, que, como no podía ser de otra forma, es reflejo de la que desarrollan sus dirigentes y representantes, se sustenta en connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y libertades. Igualmente sería subsumible en el tipo penal del art. 578 CP la conducta descrita en la letra h). Por su parte, las descritas en los apartados b), d), e) e i) constituyen conductas susceptibles de subsunción en el delito de colaboración con banda armada, a la luz de la cláusula residual del art. 576 CP y de la STS de 29 de noviembre de 1997. Y ello porque no se trata simplemente de actividades no amparadas por las libertades de participación, ideológica, expresión e información, sino que constituyen un ilícito penal, cuando menos inequívocamente las referidas en las letras d) y e).

Siendo esto así, entiende el Gobierno Vasco que es evidente que la reiteración de acciones penales contra miembros de un partido por ese tipo de comportamientos susceptibles de conectarse con su actividad política, al producirse al amparo de la misma, conduciría a su ilegalización penal. En suma, no se aprecia necesidad de

tipificar conductas que son penalmente punibles ni anudar a su comisión una medida que se encuentra ya establecida para corregirla. Lo preocupante del caso es que junto a conductas constitutivas de ilícitos penales se añaden otras que no lo son y que, además, por sí mismas, disgregadas de las anteriores, ni implican una actividad que vulnera gravemente los principios democráticos de forma comparable a las anteriores, ni la sanción que llevan aparejada "por la repetición o acumulación de alguna" de ellas constituye una medida necesaria en una sociedad democrática, al existir otras alternativas menos lesivas que la disolución, siendo por ello desproporcionada.

Por lo que hace a la letra c), alega el Gobierno Vasco que contempla, de un lado, una pena añadida y superpuesta para las personas condenadas por delitos de terrorismo, ya que de forma indirecta provoca una perpetuación de los efectos de las sanciones penales y establece una causa de inelegibilidad, no prevista en la Ley electoral, infringiendo la reserva establecida por el art. 70.1 CE (STC 72/1984, de 14 de junio). De otro lado, constituye un límite a los derechos de los afiliados en contradicción con lo dispuesto en el art. 8.2 a) y b) de la propia LOPP, pues todos tienen iguales derechos y deberes, en todo caso, a participar en las actividades del partido y en los órganos de gobierno y representación y a ser electores y elegibles. Tal vez podría asumirse que se pudieran establecer, en abstracto, sendas restricciones de esa naturaleza en el régimen general de los partidos políticos, no como elemento a valorar para decretar la disolución de un partido ya constituido. Las razones, según el Gobierno Vasco, son obvias, pues así se protegerían los derechos de los demás afiliados, que no se verían afectados por una disolución derivada de un motivo que en modo alguno les atañe. La tacha de la medida por ser desproporcionada es aplicable en este caso, ya que la alternativa expuesta es "palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada" (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11). Tampoco se comprende muy bien por qué se aplica a las personas condenadas por "delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los medios y fines terroristas", cuando en otros casos la Ley recurrida alude a alguno de los delitos graves previstos en los Títulos XXI a XXIV del Código penal para negar capacidad para constituir un partido, dejando a salvo a quienes hayan sido judicialmente rehabilitados (art. 2.1) o incluso para apreciar y valorar las conductas de este art. 9.3 LOPP (párrafo in fine del art. 9.4 LOPP).

Por otro lado, continúa el Gobierno Vasco, exigir el rechazo público de los fines y los medios terroristas implica una vulneración de la libertad ideológica (art. 16.2 CE), sin que nadie pueda ser obligado a realizar una apostasía de sus actividades pasadas por las que ha cumplido la pena correspondiente. El art. 25 CE no dice que la pena persiga el arrepentimiento, sino la reinserción. Su propia indeterminación, al desconocerse las circunstancias que han de rodear ese repudio para que resulte válido, impiden que pueda servir a la única finalidad que podría dar sentido a ese límite: prevenir que pueda reincidir en su conducta punible. Hay, asimismo, un salto cualitativo considerable si se repara en que, conforme al régimen general de asociaciones, la presencia en los órganos de representación de cualquier miembro activo que haya sido condenado por sentencia firme por pertenencia, actuación al servicio o colaboración con banda armada, en tanto no haya cumplido completamente la condena, si no hubiese rechazado públicamente los fines y los medios de la organización terrorista a la que perteneció o con las que colaboró o apoyó o exaltó, implica la pérdida de la posibilidad de que la asociación perciba ayuda alguna de los poderes públicos (ex art. 4.6 LODA).

En lo que se refiere a la doble militancia, se castiga una conducta que, salvo que exista una condena penal, no puede demostrarse. Hasta entonces los órganos rectores del partido no siempre tienen instrumentos para conocerla, pues será normalmente clandestina. Tampoco puede exigirse su exteriorización o manifestación a los que la practiquen, porque equivaldría a su autoincriminación. La exigencia de que adopten una medida disciplinaria contra los miembros afectados sin que la Ley impugnada impida la simple afiliación o pertenencia a un partido de personas que hubieran sido

condenadas por delitos de terrorismo o, en la otra alternativa, por alguno de los delitos graves previstos en los Títulos XXI a XXIV del Código penal, dentro también del régimen general de los partidos políticos, invade su derecho de autoorganización (STC 218/1988, de 22 de noviembre, FJ 1).

En relación con la letra f), se alega que el legislador ha adelantado la protección a un estadio antecedente a la conducta criminal que quiere erradicar, condenando una supuesta colaboración con una entidad o asociación cuya actuación es la que resulta penalmente perseguible. El precepto incurriría en un grado de generalidad e imprevisibilidad que lo hace incompatible con las garantías constitucionales, pues no precisa qué significa colaborar habitualmente, vulnerando la taxatividad en la descripción de los tipos sancionadores garantizada por el art. 25.1 de la Constitución.

La letra g) obliga a enjuiciar la actividad institucional de los cargos electivos, cuando éstos han sido elegidos por el cuerpo electoral al que representan y son titulares de un cargo que en modo alguno pertenece al partido (STC 10/1983, de 21 de febrero). Implica, por tanto, para el recurrente, una intromisión ilegítima en el derecho de participación en los asuntos públicos como *ius in officium* (art. 23.2 CE). De otro lado, el fin que se quiere evitar ya se encuentra protegido en el art. 4.6 LODA.

Hay, en suma, una restricción desmedida de las actividades de un partido político y además existe una valoración idéntica de todas ellas, pese a ser de muy distinta intensidad e importancia, como lo acredita que ni siquiera el Código penal acompaña la misma pena para las conductas que en él se tipifican, sin que la respuesta punitiva -la disolución- pueda atemperarse en función de la entidad de los actos que se juzgan. No cabe, pues, la imposición de una sanción proporcionada a las circunstancias del caso, habiendo aconsejado en su día el Consejo de Estado que se incorporaran medidas punitivas intermedias. No es suficiente, concluye el Gobierno Vasco, con la aplicación de un criterio de graduación tan amplio e inespecífico como la repetición o acumulación. Los arts. 9.2 y 10.2 c) LOPP aluden a conductas realizadas de forma reiterada y grave; ahora bien, la gravedad está implícita en las conductas que relaciona el art. 9.3 LOPP, por lo que es el número el factor que permitirá decidir si la conducta es o no impune. Obviamente, antes de que se alcance el número potencialmente ilegalizador podría establecerse una medida disuasiva o preventiva, con una intensidad menor, para contribuir a evitar que el partido siga por una vía que de persistir conducirá irremisiblemente a su disolución. Nada de eso ha hecho el legislador, por lo que se ha creado una enorme incertidumbre acerca de cuándo esa actividad es lícita y cuándo no, hasta dónde llega la permisividad, en qué casos la conducta es punible y en cuáles no, algo que, si no fuera porque se trata de una norma concebida con un determinado propósito, no tendría explicación.

e) Esta última afirmación da pie para el arranque de una nueva serie de consideraciones impugnatorias agrupadas bajo el aserto de que la Ley impugnada es una ley singular. Enseguida se matiza, sin embargo, que esa condición sólo se predica de una parte de la Ley, centrándose la atención del recurrente en el art. 9 ("Actividad"), el Capítulo III ("De la disolución o suspensión judicial de los partidos políticos") y en la disposición transitoria única; esta última, no en cuanto implica una previsión que por su naturaleza (transitoria) está llamada a consumir su eficacia aplicativa en el momento de la entrada en vigor de la Ley, sino porque se inscribe en lo establecido en el art. 9 y en el Capítulo III, reforzándolo.

Recuerda el Gobierno Vasco que el fenómeno de las leyes singulares ya fue analizado en la STC 166/1986, de 19 de diciembre. El caso entonces resuelto no tendría similitud con el presente, pues en aquella ocasión el destinatario de la Ley enjuiciada estaba identificado en la Ley misma y no era precisa una operación jurídica de incardinación que permitiera lograr la aplicación pretendida de la Ley al caso. Aun cuando formalmente la LOPP respeta el principio de generalidad de la ley no es posible ignorar su aspecto material. Tal y como resulta de su literalidad y de los datos que se

extraen de la realidad que ha servido para configurar los supuestos de hecho que llevan a la ilegalización de los partidos, la forma de acción política a la que se persigue es exclusiva de una determinada formación, que es la única que la Ley tiene en cuenta, precisamente, para enunciar las causas de ilegalización y los criterios que a tal efecto ha de aplicar el Poder Judicial.

Una ley que regule el régimen jurídico de los partidos, continúa el Gobierno recurrente, debe ser genérica y susceptible de aplicación al conjunto de los partidos, en garantía de una igualdad en su tratamiento jurídico, proyección del art. 9.2 CE. A ello se añade que "los derechos fundamentales no consienten, por su naturaleza, leyes singulares que tengan el específico objeto de condicionar o impedir su ejercicio; dichos derechos son materia reservada a leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares" (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11). Este acotamiento de la materia lleva a sostener la inconstitucionalidad de la LOPP por no respetarla. Es más, siendo un partido una forma particular de asociación, incluida en el art. 22 CE, cuyo contenido conforma también el núcleo básico del régimen constitucional de los partidos, no es posible ignorar que el art. 22.4 CE exige para la suspensión o disolución de una asociación una resolución judicial motivada. Además, el art. 53.2 CE garantiza a los ciudadanos la tutela, entre otros, del derecho de asociación ante los Tribunales ordinarios. Ello implica una reserva de jurisdicción. La función legislativa ha de tener por objeto, en materia de derechos fundamentales, una ley que por su estructura formal y material resulte ordenadora (respetando la garantía institucional del art. 6 CE y los límites del art. 53.1 CE), y la función judicial ha de tener un alcance singular y desarrollar una función de tutela efectiva del derecho (art. 24.1 CE).

Aparentemente los términos amplios de la Ley la hacen susceptible de un número indeterminado de Sentencias aplicativas. Sin embargo, los medios dispuestos para delimitar las actuaciones contrarias al orden constitucional y los mecanismos para ilegalizar revelan que es una ley de caso único que lleva como consecuencia necesaria a una Sentencia de ilegalización de un determinado partido político. Los jueces no pueden fundar su fallo de manera distinta al ordenado por la ley formal (art. 117.1 CE) y atendiendo al carácter autoaplicativo de la LOPP queda muy debilitada la efectividad de la tutela judicial dispuesta por el constituyente. En ese contexto ha de verse la regulación del instituto jurídico del fraude de ley (art. 12.3 y disposición transitoria única LOPP), que muestra una evidente falta de vocación reguladora, ya que el legislador lo ignora cuando el partido haya sido disuelto por no tener una estructura interna y un funcionamiento democráticos.

La disposición transitoria única persigue asegurar la aplicación de la Ley a un partido aun cuando se constituya otro "en fecha inmediatamente anterior o posterior" a la entrada en vigor de la Ley que continúe su actividad. Semejante precisión no se entiende si no es porque el legislador quiere que se enjuicie su trayectoria previa y se sentencie su disolución. Además, la disposición transitoria única 2 plantea problemas de otro orden si se examina a la luz del principio de irretroactividad (art. 9.3 CE). La retroactividad de una norma, de acuerdo con el art. 2.3 del Código civil, no exige que expresamente se disponga, sino que basta que aquélla contenga preceptos que ordenen la proyección de sus efectos respecto de situaciones anteriores agotadas para poder identificar un contenido retroactivo. Es cierto que la disposición transitoria única 2 tiene como finalidad la delimitación de un supuesto fraude de ley, pero, de acuerdo con su literalidad, al prever su aplicación a un partido que se constituya "en fecha inmediatamente anterior [□]" a la entrada en vigor de la propia LOPP, tiene un contenido retroactivo innegable, en el sentido material señalado. Y en este punto la Ley transgrede el límite del art. 9.3 CE, pues el art. 9 LOPP, que es el que se conecta con la disposición impugnada, es restrictivo del derecho de asociación política. También vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos en orden a la garantía de previsibilidad sobre la respuesta y consecuencias que puedan derivarse de un acto o una omisión, sin que la sanción pueda tomar como presupuesto conductas que en el momento de su realización no constituían objeto de reproche alguno.

Las especialidades procesales de la Ley, continúa el recurso, la hacen también singular y sólo se explican si se piensa en un caso concreto, sin que sea previsible que puedan tener proyección futura. Por un lado está la atribución de la facultad de sentenciar a la Sala Especial del Tribunal Supremo, cuya composición y facultades ya advierten de las peculiaridades que encierra la ilegalización y disolución. La Sala, a su vez, vendrá obligada a realizar un juicio de prejudicialidad penal, ya que éste condiciona el contenido de la sentencia cuando las conductas que llevan a declarar la ilegalidad del partido y su disolución constituyen ilícitos penales cometidos por sus "dirigentes, candidatos, cargos electos o afiliados" (en ocasiones la Ley parece escindir artificiosamente la responsabilidad del partido, dándole autonomía, de la de sus dirigentes y afiliados, como si eso fuera posible). Excepción a la regla general del art. 10.2 LOPJ poco comprensible. También deberá efectuar una importante labor instructora, siendo una Sala que no tiene carácter permanente.

La legitimación, por su parte, se confía de forma exclusiva al Ministerio Fiscal y al Gobierno, aspecto de la Ley que no tiene antecedentes. También se configura un nuevo tipo de relación institucional entre poderes, pues se concede la iniciativa del proceso de ilegalización al Congreso y al Senado, que podrán instar al Gobierno a que la solicite, quedando éste "obligado a formalizar la correspondiente solicitud de ilegalización, previa deliberación del Consejo de Ministros" (art. 11.1 LOPP).

Otra especificidad que deja constancia de la singularidad de la Ley sería el régimen excepcional que introduce en el sistema de recursos contra la proclamación de candidatura de la Ley electoral. La no proclamación o exclusión de una candidatura por la Junta electoral competente en aplicación del nuevo apartado 4 del art. 44 LOREG (agrupaciones de electores que, de hecho, vengán a continuar o suceder la actividad de un partido declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido) no es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa como sucede cuando la no proclamación se ha fundado en cualesquiera de las otras causas tasadas en el art. 44 LOREG. La competencia se atribuye a la Sala a la que corresponde resolver sobre la ilegalización de un partido en aplicación de la LOPP. Y no sólo se produce la "mutación del orden jurisdiccional competente", sino que se amplía el elenco de legitimados para interponer el recurso, incluyendo a quienes pueden solicitar la declaración de ilegalidad; decisión que, en orden al objeto de examen (la correcta o incorrecta denegación del derecho fundamental del art. 23.1 CE), carece de toda justificación.

f) La última parte del escrito de recurso se centra en la impugnación de la Ley recurrida por causa de la supuesta infracción del contenido del derecho de asociación. El Gobierno Vasco reitera en este punto que los partidos políticos son asociaciones del art. 22 CE y que el contenido de este precepto conforma el núcleo básico de su régimen constitucional. La Ley impugnada conculcaría ese contenido en varios puntos.

Así, incurriría en inconstitucionalidad la delimitación del ámbito subjetivo para crear partidos que realiza el art. 1, limitándolo a "los españoles". Esa restricción plantearía dos problemas de constitucionalidad. En primer lugar, entiende el Gobierno Vasco que se incurre en inconstitucionalidad por discriminación de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, pues siendo titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y en las europeas, negarles de plano la posibilidad de crear partidos conlleva una medida discriminatoria entre iguales (electores y elegibles en dichos comicios) sin justificación. Por lo demás, el art. 2 LODA reconoce a todas las personas, nacionales o no, capacidad para constituir asociaciones; negar a los nacionales de los Estados de la Unión el derecho a crear partidos se revela así como una clara restricción del derecho de asociación, huérfana de fundamento, y aparece como una suerte de "medida de efecto equivalente" que lesiona su derecho a concurrir a las elecciones municipales y europeas en condiciones de igualdad con los nacionales.

El segundo de los problemas advertidos se refiere a los extranjeros que no son nacionales de Estados de la Unión Europea. El art. 2 LODA -Ley que define el contenido esencial del derecho garantizado por el art. 22 CE- les reconoce también el derecho a crear asociaciones, sin que la restricción del mismo cuando se trata de la creación de un tipo de asociación (el partido político) aparezca fundada.

También plantea problemas el último inciso del apartado 1 del art. 2 de la Ley recurrida ("y no hayan sido penalmente condenados por asociación ilícita, o por alguno de los delitos graves"). Cabe entender, en opinión del Gobierno Vasco, que se está imponiendo una pena accesoria ex lege y la primera cuestión que se suscita es si el legislador está facultado para hacerlo. Reconociendo que la cuestión no tiene unos perfiles nitidos, se alega que ha de tenerse en cuenta que la Constitución reconoce los derechos fundamentales al condenado a pena de prisión con el único límite "de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria" (art. 25.2 CE). No hay, por tanto, referencia alguna en la Constitución a que la ley pueda imponer, sin intervención de juez alguno, una limitación de derechos fundamentales como la que aquí se examina. Pero, incluso admitiendo que el legislador pueda hacerlo, en todo caso debería respetar las limitaciones que la Constitución impone. La LOPP ha olvidado, para el Gobierno Vasco, el principio de proporcionalidad, pues la pena no sólo se impone sin atender a los diferentes tipos de delitos contemplados en los Títulos del Código penal a que se refiere el precepto, sino que la opción legislativa adquiere una dimensión más negativa si se toma en cuenta que el objeto de la restricción es el derecho fundamental de asociación en partidos políticos.

El art. 3 de la Ley sería inconstitucional por diversas razones. Su apartado 2 establece que "los partidos políticos adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de partidos políticos". Al configurar esa inscripción con carácter constitutivo, la Ley contravendría el art. 22.3 CE, que únicamente contempla la inscripción de asociaciones "a los solos efectos de publicidad". Ciertamente, el Tribunal no ha reputado inconstitucional el sistema de la Ley de partidos de 1978, que también establecía el sistema de previa inscripción; pero no debe soslayarse que el propio Tribunal hubo de recordar su carácter preconstitucional y calificó de "peculiar" el sistema de registro de aquella Ley (SSTC 3/1981, de 2 de febrero, y 85/1986, de 25 de junio). Y, en todo caso, no puede obviarse que la doctrina constitucional es anterior a la LODA, en la que el legislador orgánico ha procedido al desarrollo directo del contenido del derecho de asociación y ha entendido, de acuerdo con el art. 22 CE, que la inscripción es declarativa. O, si se prefiere, que la personalidad jurídica de las asociaciones no puede hacerse depender de su inscripción. En este extremo, la Ley recurrida se separa radicalmente del régimen general de las asociaciones, configurando un régimen específico para los partidos, siguiendo el modelo de la Ley de 1978 y olvidando el juego del art. 22 CE como garante del sustrato común del derecho de asociación. Ese olvido, para el Gobierno Vasco, carece de fundamento y es contrario a un límite establecido expresamente en el art. 22 CE. Tacha de inconstitucionalidad que, por conexión, ha de extenderse al art. 4.3 LOPP en tanto contiene un recordatorio del mensaje normativo.

El problema, sin embargo, no se ciñe a los preceptos señalados, sino que, en opinión del recurrente, el modelo de inscripción establecido en la Ley "contamina" otras previsiones de la misma; en concreto, las referidas a la intervención de la Administración en el procedimiento de inscripción, así como su posición privilegiada en el incidente de ejecución previsto en el art. 12.3 LOPP. En cuanto al procedimiento, siendo cierta su esencial similitud con el regulado en la LODA, el hecho de que no sea constitutiva introduce un elemento relevante a efectos del juicio de constitucionalidad. Y ello porque, al condicionar la adquisición de la personalidad jurídica del partido a su previa inscripción, las facultades que en el procedimiento de inscripción se otorgan a la Administración (a salvo la respuesta a los indicios racionales de ilicitud penal del partido) adquieren una dimensión distinta. Al conectar inscripción y adquisición de personalidad jurídica, sutilmente se están invirtiendo los términos: el titular -por

definición, el individuo- del derecho de asociación -por definición, ámbito de libertad frente al Estado- ejerce su derecho, pero no plenamente, en tanto ha de esperar el reconocimiento del poder público (esto es, la intervención estatal materializada en la inscripción) para poder ejercitar aquél en toda su plenitud. La inscripción puede ser retrasada o negada por la Administración, de acuerdo con las facultades que le otorga el art. 5.1 LOPP, y dado que es presupuesto para adquirir la personalidad jurídica, las previsiones legales se revelan contrarias a la configuración constitucional del derecho de asociación, que goza de eficacia directa sin necesidad de reconocimiento alguno por el poder público, no pudiendo el legislador someter su ejercicio a límites o condiciones distintos de los que la propia Constitución haya identificado.

Las facultades de la Administración de suspender el procedimiento de inscripción se convierten, a la luz de su carácter constitutivo, en obstáculos injustificados para el ejercicio del derecho, lo que no sucedería de haberse seguido el criterio de la LODA, sin que la separación del régimen común pueda fundarse en la naturaleza de los partidos políticos ni encuentre razón en otros preceptos constitucionales. Tampoco el abuso de unos individuos en el ejercicio de sus derechos puede justificar una restricción como la examinada para todos los ciudadanos.

En orden al segundo de los problemas apuntados, relativos al incidente de ejecución del art. 12.3 LOPP, basta señalar que lo dicho en relación con las facultades otorgadas a la Administración por el art. 5.1 LOPP debe extenderse a la presencia del Ministerio del Interior en dicho incidente. En este precepto se acotaría un nuevo círculo de injerencia ilegítima de la Administración en relación con el derecho fundamental en juego. El Ministerio del Interior se convierte no sólo en parte del incidente, sino también en sujeto titular de la acción, en cuanto se ve facultado por la Ley para activarlo "en el supuesto de que se presente para su inscripción conforme a lo dispuesto en los artículos 4 y 5". Prevista la legitimación del Ministerio Fiscal en el incidente, lo que aparece en plena sintonía con su específica posición institucional (art. 124 CE), la apertura de un espacio de intervención a la Administración carece, de nuevo, de fundamento y rompe, además, con la línea constante del Tribunal de considerar que en nuestro ordenamiento sólo los ciudadanos son titulares de los derechos fundamentales y sólo ellos, por tanto, están legitimados para reaccionar contra lo que consideren actuaciones de los poderes públicos contrarias a los mismos. Hasta la fecha no se ha admitido a una Administración otra legitimación, en materia de derechos fundamentales, distinta de la que deriva del "peculiar" derecho a la tutela judicial efectiva y sólo en su vertiente de igualdad de las partes en el proceso. La Ley recurrida rompe este criterio e introduce como parte interesada al Ministerio del Interior en un debate que se refiere exclusivamente al derecho de asociación política.

3. En consecuencia de todo lo anterior, el Gobierno Vasco interesa del Tribunal Constitucional que dicte sentencia por la que se declare la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los arts. 1.1, 2.1, 3.2, 4.2 y 3, 5.1, 6 y 9, del Capítulo III (arts. 10 a 12) y de la disposición transitoria única 2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos.

Asimismo, y por medio de otrosí, se formula recusación del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Constitucional don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, de conformidad con el art. 219.9 LOPJ.

4. Por Acuerdo de 16 de octubre de 2002, el Vicepresidente del Tribunal, conforme autoriza el art. 9.4 LOTC, dispuso que, correspondiendo, por turno, la ponencia del asunto al Presidente don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, asumiera la ponencia, en sustitución del recusado y en tanto se resolviera el incidente, el Magistrado don Javier Delgado Barrio.

5. Mediante providencia de 16 de octubre de 2002, el Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco

contra los arts. 1.1, 2.1, 3.2, 4.2 y 3, 5.1, 6 y 9, el Capítulo III (arts. 10 a 12) y la disposición transitoria única 2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Asimismo se acordó publicar la incoación del recurso en el "Boletín Oficial del Estado". En cuanto a la solicitud de recusación contenida en otrosí a la demanda, se designó instructor para la tramitación del correspondiente incidente, conforme establece el art. 224 LOPJ, al Vicepresidente don Tomás S. Vives Antón.

6. Mediante escrito registrado en el Tribunal el 25 de octubre de 2002, la Presidente del Congreso de los Diputados comunicó que, aun cuando la Cámara no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, ponía a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

7. El escrito de alegaciones del Abogado del Estado se registró en el Tribunal el 4 de noviembre de 2002.

a) Como primera alegación se sostiene que el recurso de inconstitucionalidad es extemporáneo. La Ley impugnada se publicó en el "Boletín Oficial del Estado" el 28 de junio de 2002, de manera que el plazo del art. 33.1 LOTC vencia, contando de fecha a fecha (arts. 80 LOTC, 185.1 LOPJ y 5.1 del Código civil), a las veinticuatro horas del 28 de septiembre de 2002, día hábil (sábado) en que el Registro General del Tribunal estuvo abierto desde la nueve treinta a las quince horas (artículo único del Acuerdo del Pleno de 18 de enero de 2001). El recurso tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 30 de septiembre de 2002, vencido ya el plazo del art. 33.1 LOTC. Fue presentado en el Juzgado de guardia de Madrid el 27 de septiembre anterior, es decir, el día penúltimo del plazo, cuando era perfectamente posible presentarlo al día siguiente en el Registro del Tribunal.

De acuerdo con la doctrina constitucional, la presentación de recursos de inconstitucionalidad en el Juzgado de guardia es excepcional, pues el lugar normal de presentación es el Registro (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 1, y ATC 277/1992, de 16 de septiembre). Por otro lado, el Tribunal no ha considerado irrazonable la interpretación del art. 41.1 del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 5/1995 que "niega la eficacia de la presentación de escritos procesales en el Juzgado de Guardia antes del día en que fina el plazo hábil para ello y cuando todavía está a disposición de la parte proceder a su presentación en el registro del órgano judicial destinatario" (STC 260/2000, de 30 de octubre, FJ 5).

El Abogado del Estado interesa que se aplique esa doctrina al recurso del Gobierno Vasco y se declare inadmisibile por extemporaneidad. En su opinión, no habría justificación alguna para dar mejor trato al órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma, que disponía de un amplio plazo para recurrir, grandes medios y experimentados Letrados, que a cualquier ciudadano que intenta un recurso de casación. Máxime cuando el control de constitucionalidad de la Ley recurrida está siempre abierto a través del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, con carácter subsidiario, se examina también el fondo del asunto.

b) En esa línea, el Abogado del Estado sostiene que la demanda no levanta adecuadamente la carga de alegar, quebrantando así la doctrina constitucional sobre ese punto (SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 2, 164/2001, de 11 de julio, FFJJ 3 y 18, 206/2001, de 22 de octubre, FJ 28, y 96/2002, de 25 de abril, FJ 4), que se resume en la idea de que "no basta la mera invocación formal de los preceptos en la demanda [□] o incluso [□] la existencia en la misma de una solicitud expresa de su declaración de inconstitucionalidad, para que este Tribunal deba pronunciarse sobre

todos y cada uno de ellos, sino que es preciso, además, que en el cuerpo del recurso se contenga la argumentación específica o razonamientos que fundamenten la presunta contradicción de éstos con la Norma fundamental" (STC 233/1999, FJ 2). Para demostrar que el Gobierno Vasco no levanta esa carga, el Abogado del Estado contrasta los preceptos recurridos con los argumentos de inconstitucionalidad ofrecidos por el actor.

No se recurre toda la Ley Orgánica 6/2002, sino sólo los arts., 1.1, 2.1, 3.2, 4.2, 4.3, 5.1, 6, 9, 10, 11 y 12 y el apartado 2 de la disposición transitoria única. Fundamentar debidamente la impugnación supone examinar uno por uno los preceptos impugnados y razonar respecto a cada uno de ellos las infracciones constitucionales de que adolecen. Basta leer la demanda para advertir que ni los argumentos guardan relación de congruencia con el objeto del recurso, ni puede decirse que respecto a todos los preceptos recurridos se haya levantado la carga alegatoria (así sucede especialmente con la mayor parte de los apartados de los arts. 10, 11 y 12).

El Abogado del Estado se refiere, en primer término, a los fundamentos procesales del recurso dedicados a razonar la legitimación del Gobierno Vasco, afirmando que esa legitimación no se discute. Por lo que hace al primero de los fundamentos materiales de la demanda ("Introducción"), el Abogado del Estado sostiene que carece de toda relevancia jurídico-constitucional. En relación con el segundo fundamento sustantivo, en el que se denuncia que la Ley recurrida carece de fundamento constitucional, sostiene el Abogado del Estado que esa afirmación es poco coherente con el hecho de no impugnar la Ley en su totalidad. Por lo demás, la demanda se perdería aquí en una serie de especulaciones sobre los partidos políticos, la democracia militante y la defensa del orden constitucional de las que sería muy difícil no ya inferir un razonamiento de inconstitucionalidad bien articulado y dirigido contra los particulares preceptos recurridos, sino delimitar exactamente qué vulneración constitucional se achaca a la Ley. Este fundamento termina afirmando que la disolución judicial de un partido debe ser una medida extrema; para el Abogado del Estado no hay inconveniente en aceptar esa tesis, puesto que el art. 10.2 reserva la disolución judicial para hipótesis extremas. Ocurre, sin embargo, que el art. 10.2 es uno de los impugnados en que la demanda se dispensa de todo examen y razonamiento.

En relación con el tercer fundamento material, centrado en la consideración de la Ley como ejercicio del ius puniendi, se alega que con él "se viene a cuestionar en términos generales la constitucionalidad de los artículos 9, 10, 11 y 12 en cuanto vulneran el principio non bis in idem". En realidad, afirma el Abogado del Estado, el fundamento examina los apartados 2 y 3 del art. 9 LOPP, pero no dice virtualmente ni una palabra sobre los arts. 9.1, 10 (salvo los apartados 3 y el inciso primero del 6), 11 y 12. Especialmente llamativa es, en su opinión, la ausencia total de argumentación sobre el régimen del procedimiento de declaración de ilegalidad del partido (art. 11 LOPP). El cuarto fundamento sustantivo (el carácter singular de la Ley recurrida) adolecería de la misma incoherencia achacada al segundo fundamento material, pues no se entiende que sólo se recurran algunos preceptos y no la totalidad. Ahora bien, observa el Abogado del Estado que en la demanda (pág. 40) se deja constancia de que se da "la consideración de ley singular a una parte de la LOPP y no a toda la regulación en su conjunto". Pero no se indica a qué preceptos otorga el Gobierno Vasco la consideración de ley de caso único. Los únicos preceptos a los que ese fundamento parece referirse particularmente, aunque sin afirmar que sean sólo ellos los que merecen el reproche de ley singular, son el art. 10.5 (ni siquiera citado expresamente), el art. 11.1, el art. 12.3, el apartado 2 de la disposición transitoria única y las modificaciones de la LOREG contenidas en la disposición adicional 2. Disposición ésta que no ha sido recurrida, de manera que las consideraciones que sobre la misma se hacen en el recurso no deben ser contestadas ni enjuiciadas.

En fin, concluye el Abogado del Estado, el último fundamento material del recurso, en el que se argumenta que la Ley vulnera el derecho de asociación, es el único que

satisface la carga de fundamentar la impugnación en relación con los arts. 1.1, último inciso del art. 2.1, 3.2 (y, por conexión, art. 4.3), 5.1 y 12.3. No se dan, por el contrario, razones que fundamenten la impugnación de los arts. 4.2 y 6.

Por tanto, entiende el Abogado del Estado que debe desestimarse el recurso de inconstitucionalidad por no levantar debidamente la carga de fundamentar la impugnación respecto a los artículos 4.2, 6, 9.1, 9.4, 10.1, 10.2, 10.4, 11.2, 11.3, 11.4, 11.5, 11.6, 11.7, 11.8, 12.1 y 12.2 de la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos.

c) El escrito de alegaciones del Abogado del Estado pasa a examinar, a continuación, de manera particularizada, los distintos fundamentos materiales del recurso.

d) El Abogado del Estado no admite que la Ley recurrida carezca de fundamento constitucional. Tal fundamento se encontraría, en su opinión, en el art. 81.1, en relación con los arts. 6, 22 y 23, todos ellos de la Constitución. Podrá discutirse si la regulación contenida en la Ley respeta o no los límites constitucionales, pero no puede afirmarse que carezca de fundamento en la Constitución. En este punto, el escrito de alegaciones señala una serie de premisas erróneas que el recurrente pretende hacer pasar por axiomas constitucionales incontrovertibles. Así, en primer lugar, la absolutización del derecho fundamental de asociación y especialmente del derecho de asociación política. Este último derecho está vinculado estrechamente a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de opinión política [art. 20.1 a) CE]. En cierto sentido, es un derecho instrumental de estos otros dos derechos, pues abre campo a la cooperación de aquéllos que comparten convicciones ideológicas y opiniones e intereses políticos. Sería, por tanto, absurdo afirmar que es ilimitado, soporta menores límites o goza de superior protección constitucional que la libertad ideológica (cuyas manifestaciones tienen como límite "el mantenimiento del orden público protegido por la ley", art. 16.1 CE) o la libertad de opinión (sobre la que recaen los límites del art. 20.4 CE). El constituyente fue consciente de que el régimen constitucional de los derechos fundamentales estaba necesitado de desarrollo legal y de ahí las disposiciones de los arts. 53.1 y 81.1 CE. Subraya el Abogado del Estado que los derechos fundamentales no son ilegislables, sino que pueden y deben ser desarrollados por el legislador, eso sí, dentro de los límites constitucionales, el primero de los cuales es el respeto a su contenido esencial (art. 53.1 CE). Y, obviamente, una de las funciones del desarrollo legislativo de los derechos es señalar sus límites, doctrina que para el derecho de asociación quedó expuesta en la STC 173/1998, de 23 de julio (FJ 7).

Para el Abogado del Estado, no puede aceptarse, por tanto, que una asociación (incluidos los partidos) sólo puede disolverse judicialmente cuando merezca la calificación de asociación ilícita en el sentido del art. 515 del Código penal. Con semejante interpretación se convertirían en normas imperfectas -esto es, se dejarían sin protección judicial- los mandatos constitucionales de estructura y funcionamiento democráticos y de respeto a la Constitución y a la ley (arts. 6 y 10.1 CE). Los partidos serían así los únicos sujetos jurídicos impunes ante cualquier infracción del ordenamiento, incluidos los mandatos y deberes que el constituyente especialmente les impuso, con tal de que no fueran asociaciones ilícitas penalmente perseguibles. A diferencia de las demás personas físicas y jurídicas, sólo estarían obligados a respetar la ley penal. Sería una contradicción afirmar que los partidos o las asociaciones gozan de una suerte de mayor inmunidad frente a la ley y que, por otro lado, son instrumento fundamental en la designación de candidatos a representantes populares cuya función fundamental es aprobar leyes. No cabe, pues, suponer que la disolución judicial de los partidos y asociaciones sólo queda constitucionalmente legitimada cuando sea la consecuencia accesorio prevista en el art. 520 en relación con el art. 129.1 b), ambos del Código penal. Por lo demás, recuerda el Abogado del Estado, la STC 104/1999, de 14 de junio, FJ 2, y el ATC 254/2001, de 20 de septiembre, FJ 4, contienen doctrina clara sobre la ley como límite del derecho general de asociación.

En relación con la pretendida discordancia entre la Ley recurrida y la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, alega el Abogado del Estado que basta la lectura de esta última para demostrar que no hay contradicción. El art. 1.2 LODA incluye dentro de su ámbito "todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico". El art. 1.3 LODA, a su vez, declara que "se regirán por su legislación específica los partidos políticos", opción ésta de indudable constitucionalidad atendida su posición y relevancia constitucionales, según resulta del art. 6 CE. El art. 38.2 LODA fija como causas de disolución de las asociaciones comunes, además de la ilicitud de la asociación prevista en la ley penal, "las causas previstas en leyes especiales o en esta Ley [art. 17 LODA]" o la declaración de nulidad o la disolución por aplicación de la legislación civil. Es decir, la LODA reconoce simplemente la reserva de ley para fijar causas de disolución judicial. La LOPP hace, en cambio, de la disolución judicial de los partidos una medida excepcional limitada a tres supuestos tasados y gravísimos (art. 10.2 LOPP): delito de asociación ilícita; violación "continuada, reiterada y grave" del mandato constitucional de estructura y funcionamiento democráticos; actividad que vulnere "de forma reiterada y grave" el orden de libertad y democracia mediante las "conductas del artículo 9". En definitiva, ni la LODA se aplica directamente a los partidos, ni la LOPP permite disolver partidos con mayor facilidad o menos garantías que las asociaciones comunes, sino todo lo contrario. Ninguna asociación común tiene garantizado el privilegio de que gozan los partidos, ciertamente justificado por las funciones que desempeñan en el sistema político; a saber, que su disolución no penal sólo pueda ser decretada por una suerte de Pleno en miniatura del Tribunal Supremo (arts. 10.5 y 11.2 y disposición adicional 1 LOPP).

El Abogado del Estado se extiende, a continuación, sobre el control de constitucionalidad y la declaración de ilegalidad de los partidos políticos. A su juicio, queda claro que en el procedimiento judicial correspondiente no se enjuician las ideas o fines proclamados por el partido, sino el conjunto de su actividad. Y tampoco se prohíbe la defensa de ninguna idea o doctrina. El art. 9 LOPP deja un amplísimo margen a la libre actividad de los partidos republicanos (cuya ideología choca con el art. 1.3 CE), secesionistas (con ideología contraria a la que la Constitución eleva a fundamento suyo: "la indisoluble unidad de la Nación española [□]"), centralistas (opuestos a la autonomía garantizada por el art. 2 CE), defensores de una determinada confesionalidad estatal (enfrentados al principio del art. 16.3 CE) o de la multiplicidad de ordenamientos diferenciados por razones de adscripción religiosa o étnica (contrarios a los arts. 9.1 y 14 CE). En el procedimiento de declaración de ilegalidad sólo cabe enjuiciar si la trayectoria del partido (esto es, la conducta constante y distintiva de quienes lo dirigen y representan y también, en su caso, de quienes lo integran) respeta o no un método de actuación política, que podría llamarse el método de la libertad democrática, el cual, en pocas palabras, supone que la violencia y la vulneración de los derechos y libertades ajenos quedan prohibidos como instrumento de la acción política de un partido. No es causa de disolución, en suma, defender un ideario secesionista, pero sí matar, lesionar, coaccionar o intimidar a los competidores políticos que no lo comparten. La finalidad del art. 9 LOPP, precepto redactado con absoluta neutralidad, es preservar la libertad y apertura del proceso político democrático en el que se forman las opiniones y las voluntades políticas, expulsando únicamente a aquellos partidos que pretenden eliminarlo o restringirlo violentamente. Es perfectamente congruente con la democracia pluralista en libertad, cuya característica esencial es que el bien común no puede concebirse como dado de antemano, sino como resultado de la controversia política libre y sin violencia. Por ello, cualquier democracia pluralista puede y debe excluir a quienes pretenden suprimir, limitar o constreñir violentamente la libertad plural de los ciudadanos en nombre de una verdad política absoluta, de la que sólo ellos son poseedores.

Alega seguidamente el Abogado del Estado que si, con sus reticencias a costa de la democracia militante, la demanda quiere dar a entender que la LOPP es un instrumento para imponer una suerte de ortodoxia política constitucional a la que habría que prestar adhesión positiva, está en un error, pues la Ley no es

militantemente democrática en ese sentido. Pero si con el concepto quiere denotarse que la democracia constitucional española ha de ser capaz de defenderse contra los que, por la violencia, quieren aniquilarla o destruirla en todo o parte del territorio nacional, entonces la Ley, efectivamente, pretende defender la democracia de sus más enconados enemigos. Así las cosas, no puede prosperar, a su juicio, el segundo fundamento material del recurso.

e) El segundo grupo de consideraciones sustantivas realizadas por el Abogado del Estado se articula sobre la idea de que la declaración de ilegalidad y la disolución de un partido en virtud de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 9 LOPP nada tiene que ver con el ius puniendi y de que no hay infracción del principio non bis in idem. En este sentido, se recuerda, con cita de la STC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4, que no cabe "extender indebidamente el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este campo a medidas que no responden verdaderamente al ejercicio del ius puniendi del Estado". No toda consecuencia jurídica desfavorable, restricción de derechos o medida reactiva para proteger derechos o intereses puede ser considerada ejercicio de la potestad punitiva (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 3, 69/1983, de 26 de julio, FJ 4, entre otras). Si la disolución de un partido supone ejercicio del ius puniendi porque "es la respuesta del ordenamiento ante una valoración negativa de la actividad del partido" (pág. 22 de la demanda), llegaríamos a la consecuencia absurda de que la disolución judicial de una sociedad anónima por pérdidas más allá del límite legal (arts. 260.1.4 y 262.3 de la Ley de sociedades anónimas) representa también el ejercicio del ius puniendi porque ciertamente es la respuesta del ordenamiento a una valoración negativa de la actividad social. Si nos atenemos al art. 10.2 LOPP, la disolución judicial puede ser o bien consecuencia accesoria de un delito de asociación ilícita (delito que puede suponer la imposición de penas a los fundadores, promotores, presidentes, directores, miembros o favorecedores del partido, pero no a éste, que, como tal, carece de capacidad criminal); o bien el efecto desfavorable que la norma anuda a la violación continuada, reiterada y grave de la exigencia constitucional de estructura y funcionamiento democráticos (art. 6 CE); o la consecuencia de las conductas del art. 9 LOPP. Haciendo uso de una definición formal y casi tautológica, ius puniendi vale tanto como potestad de imponer penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas para castigar, reprimir o retribuir delitos y faltas o infracciones administrativas. A la potestad estatal de imponer penas o medidas de seguridad previstas por la ley (art. 2.1 CP) en virtud de sentencia judicial firme que termina un proceso penal (art. 3.1 CP) podría llamársela potestad penal o ius puniendi en sentido propio; la potestad de imponer sanciones administrativas puede ser denominada potestad sancionadora de la Administración.

Pues bien, continúa el Abogado del Estado, la disolución de una asociación ilícita en vía penal es consecuencia accesoria derivada de la constatación de que se da uno de los supuestos del art. 515 CP (interpretados como descriptores de una peligrosidad objetiva de la organización asociativa), pero no es una pena por un delito o falta, porque las asociaciones, en nuestro Derecho, carecen de capacidad para delinquir. La disolución de un partido por violación del principio de democracia interna [art. 10.2 b) LOPP] no está asociada a la represión de una conducta tipificada como delito, falta o infracción administrativa, ni figura en el elenco legal de penas; luego no supone ejercicio del ius puniendi. Y lo mismo vale para la disolución por conductas del art. 9 LOPP: este precepto no tipifica delitos, faltas o infracciones administrativas, sino que fija los límites de la actuación legal de los partidos. El partido que los sobrepasa se hace acreedor de una declaración de ilegalidad, de la que es consecuencia necesaria la disolución judicial.

Se sigue de ello, para el Abogado del Estado, que en la Ley impugnada no se percibe la más mínima traza de infracción del principio non bis in idem. El recurso supone que la Ley contempla una segunda sanción, acumulable a la sanción penal establecida en los arts. 515 y 520 CP. Todo es erróneo en esa suposición. Del delito de asociación ilícita (art. 515 CP) sólo pueden ser sujetos activos las personas físicas que los arts.

516, 517 y 518 del Código Penal llaman promotores, directores, fundadores, etc. (así, STC 125/2001, de 4 de junio, FJ 11). La asociación carece de capacidad criminal, y por ello el art. 520 CP, en relación con el art. 129.1 b) CP, prevé, no una pena, sino una medida de disolución, consecuencia accesoria orientada, no a reprimir la previa comisión culpable de un delito por determinados individuos, sino a "prevenir la continuidad en la actividad delictiva y en los efectos de la misma" (art. 129.3 CP). De ahí que determinadas consecuencias accesorias puedan valer también como medidas cautelares (art. 129.2 CP, en relación con el art. 13 LECrim); y de ahí también que la consecuencia accesoria pueda imponerse aunque en los promotores, fundadores, etc. concurra una causa de inculpabilidad o de no punibilidad. Se concluye de todo ello, para el Abogado del Estado, que no puede haber quiebra del principio non bis in idem porque fallan requisitos capitales: no hay identidad de sujetos ni duplicación de sanciones.

El escrito de alegaciones se centra, a continuación, en algunos puntos concretos planteados en el recurso. En primer lugar, en la posibilidad de que concurran un procedimiento penal por asociación ilícita [apartados 2 a) y 4 del art. 10 LOPP] y un procedimiento de declaración de ilegalidad y disolución en virtud de los supuestos b) y c) del art. 10.2 LOPP (art. 10.5 LOPP). El art. 10.6 LOPP dispone que la coincidencia en el tiempo del procedimiento penal y del propio del derecho de partidos (es decir, el del art. 11 LOPP) "no interferirá la continuación de ambos" hasta sentencia, "produciendo cada uno de ellos los correspondientes efectos". La demanda no invoca ningún precepto constitucional en relación con este punto, sino sólo el art. 44 LOPJ, que declara la preferencia del orden penal y prohíbe plantearle conflicto de competencia. Pero esto no tiene nada que ver con el art. 10.6 LOPP. Este precepto simplemente regula la posible concurrencia de dos procedimientos que se basan en diferentes hechos (delito de asociación ilícita, por un lado, y quiebra del principio democrático interno o comisión de las conductas del art. 9 LOPP, por otro) y están orientados a diversas finalidades (represión penal, por una parte, y declaración de ilegalidad en virtud de causas propias del derecho de partidos, por otra), de manera que el objeto del enjuiciamiento es distinto, como lo será el contenido de las sentencias. Hay, sin duda, un punto común: en el proceso penal la disolución se impone como consecuencia accesoria [arts. 129.1 b) y 520 CP] y en el procedimiento del art. 11 LOPP la disolución es la consecuencia necesaria de su declaración de ilegalidad. Pero, aparte de los diferentes fundamentos y finalidades de una y otra disolución, no parece difícil dar solución razonable a esa cuestión: si los procedimientos concurren, la disolución será consecuencia de la primera sentencia firme que se dicte. Si concluye primero el procedimiento del art. 11 LOPP ya no será necesario aplicar los arts. 129.1 b) y 520 CP, pues el partido se habrá disuelto y no se dará la peligrosidad objetiva que fundamenta la consecuencia accesoria; y si se dicta primero sentencia penal que incluya la disolución como consecuencia accesoria, el procedimiento del art. 11 LOPP quedará parcialmente sin objeto: podrá continuar exclusivamente a los efectos de declarar la ilegalidad del partido (ya convertido en asociación penalmente ilícita) por no respetar el principio de democracia interna o por haber realizado las conductas del art. 9 LOPP, pero ya no tendrá sentido decretar su disolución. Algo parecido puede decirse respecto de la medida cautelar de suspensión del partido (arts. 10.3 y 11.8 LOPP).

En cuanto a la posible coincidencia entre los injustos penales de la asociación ilícita y las conductas de los apartados 2 y 3 del art. 9 LOPP, alega el Abogado del Estado que es cierto que pueden existir zonas de tangencia, pero no puede olvidarse lo esencial. La descripción típica del art. 515 CP puede ser superficialmente engañosa, pero leída en conexión con los arts. 516 a 520 CP no deja lugar a dudas: lo que se describe son las conductas de una serie de personas físicas que promueven, fundan, presiden, cooperan con las asociaciones mencionadas en el art. 515 CP. En cambio, las conductas de los apartados 2 y 3 del art. 9 LOPP se imputan al partido como tal. El art. 9.4 LOPP sirve justamente de pauta para aclarar lo que, a estos efectos, debe considerarse conducta del partido frente a los comportamientos personales

penalmente relevantes. En consecuencia, no puede pensarse a nadie (a ninguna persona natural) sobre la base del art. 9 LOPP.

El escrito de alegaciones pasa seguidamente al examen de las impugnaciones dirigidas por el recurrente contra los apartados 2 y 3 del art. 9 LOPP. Por lo que hace a la letra a) del art. 9.2, sostiene el Abogado del Estado que es cierto que el núcleo de la conducta en él descrita podría ser delictiva si fuera realizada por personas físicas, pero el precepto va referido a la actividad "reiterada y grave", amén de "sistemática", desarrollada por -e imputable a- un partido que entraña lesión de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la no discriminación, sea promoviendo su vulneración, sea intentando legitimarla (justificar, exculpar). Parecido comentario le merece al Abogado del Estado la letra b) del precepto. Lo que habrá de dilucidarse en el procedimiento del art. 11 LOPP será si es la organización como tal la que aparece legitimando, fomentando o propiciando la violencia como instrumento de acción política. No es cierto que se reproche a un partido la "falta de militancia activa" para combatir la delincuencia terrorista o "antisistema". La conducta en él descrita no es la del partido que omite una acción decidida contra la violencia política. El partido tibio o el inactivo no fomenta, propicia ni legitima la violencia; simplemente no la combate, o no la combate enérgicamente. Cosa distinta es el partido que no sólo está conforme con la violencia política, sino que pretende hacerla pasar por justa y necesaria ("legitimar") e incluso la impulsa y favorece ("fomentar", "propiciar"). En relación con la letra c) del art. 9.2 LOPP, y frente a la afirmación del recurrente en el sentido de que referirse a "complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas" es hacer una descripción excesivamente genérica y encierra "una amalgama de conductas que pretende especificar" el apartado 3, entiende el Abogado del Estado que no es correcto vincular el apartado 3 del art. 9 únicamente con la letra c) del apartado precedente. El apartado 3 se relaciona con todo el apartado 2 en sus letras a), b) y c), y tiene por función declarar positivamente incluidas en el apartado 2 un elenco de conductas de partido más concretas. En otras palabras, el art. 9.3 LOPP sirve a la seguridad jurídica, dando certeza acerca de que un amplio elenco de conductas quedan incluidas en el art. 9.2 LOPP. Por lo demás, es injusto el reproche dedicado al art. 9.2 c) LOPP, pues este precepto no dice sólo "complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas". Exige, por un lado, que ese complemento y apoyo se efectúen "de forma reiterada y grave"; y, por el otro, que tenga por meta -verificable en un procedimiento judicial- o bien someter a un "clima de terror" a los poderes públicos, a la población en general, a grupos sociales o a determinadas personas, o bien "multiplicar los efectos" de la violencia terrorista y del miedo e intimidación generados por ella. Por último, continúa el Abogado del Estado, el recurso termina el examen del art. 9.2 LOPP con una serie de afirmaciones inadmisibles por deformadoras del recto significado del precepto. Ninguna de las letras del artículo da pie para considerar equivalentes la legitimación o justificación de la violencia y la mera pasividad en condenarla, ni permite la disolución de un partido simplemente porque su actividad política indigne, escandalice o irrite a "muchas personas" o porque defienda ideas o realice actividades que "molestan, chocan o inquietan". Sostener esa tesis carece de toda justificación. Es más: la actividad política de cualquier partido en el poder o en la oposición molesta, choca, inquieta, escandaliza e irrita a "muchas personas". Eso es la regla en un campo como el político, en el que las pasiones pueden encenderse fácilmente; pero los ciudadanos molestos, inquietos, indignados, escandalizados e irritados se limitan a no votar al partido que así perturba su ánimo o a manifestar opiniones muy críticas sobre sus propuestas y acciones políticas. El recurso atribuye a este art. 9.2 propósitos que su lectura desmiente. Una cosa es compartir "postulados" con un movimiento terrorista -cosa que nada tiene que ver con el precepto y que es lícita siempre que se utilicen medios pacíficos y legales- y otra, bien distinta, es aquélla de que trata el art. 9.2 c) LOPP, que tiene como referencia al partido que actúa como un agente más de la violencia política cooperando activamente con la violencia terrorista.

Pasando al examen de la impugnación del art. 9.3 LOPP, alega el Abogado del Estado que el recurso critica la inclusión del apoyo tácito al terrorismo en la letra a) del

precepto. Ciertamente se trata de un apoyo tácito singular, pues se exige que sirva para legitimar acciones terroristas o exculpar y minimizar su significado y la violación de derechos fundamentales a ellas inherente. Hay que coincidir con la demanda en que, por sí sola, la mera abstención en condenar una acción terrorista no supone apoyo tácito en el sentido del precepto. Apoyo tácito se opone a apoyo expreso. Apoyo expreso es, típicamente, la declaración oral o escrita hecha en nombre del partido. Habrá apoyo tácito cuando no haya declaración pero exista una conducta significativa que socialmente equivalga a ella. La celebración ruidosa de una fiesta en el local del partido de forma deliberadamente coincidente con el paso del cadáver de una víctima del terrorismo camino del cementerio vale socialmente como apoyo de la acción criminal exactamente igual que una declaración aplaudiendo el asesinato.

Por otro lado, el Abogado del Estado admite que las conductas descritas en las letras b), d), e), h) e i) del art. 9.3 pueden subsumirse en los arts. 576 [letras b), d), e), i)] y 578 [letra h)] del Código penal cuando las conductas sean atribuibles a personas físicas, lo que no es el caso. Además, la observación de que en esas letras se incluyen conductas no penadas y que tampoco vulneran los principios democráticos no se acompaña de ninguna cita en particular, por lo que no puede ser acogida.

El Abogado del Estado niega que el primer inciso de la letra c) del art. 9.3 LOPP constituya una pena añadida y superpuesta a los condenados por delitos de terrorismo o que limite los derechos de los afiliados en contradicción con el art. 8.2 a) y b) LOPP. No cabe hablar de pena adicional porque la hipótesis analizada puede dar lugar a la disolución del partido, no a una nueva sanción para el condenado. La conducta descrita no es la inclusión ocasional de condenados por terrorismo en órganos directivos y listas electorales, sino la inclusión regular, es decir, la constante utilización de penados por terrorismo como capital político del partido. La supuesta desarmonía entre el art. 9.3 c) LOPP y el art. 2.1 LOPP -que no existe puesto que sus supuestos y efectos son muy diversos- podría ser imperfección de la Ley, pero no razón de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 225/1998, de 23 de noviembre, FJ 2 a, y 9/2001, de 18 de enero, FJ 17). El rechazo público al terrorismo nada tiene que ver con imponer la apostasía de las propias ideas. Es, por el contrario, el único signo socialmente válido de que entre partido y organización terroristas no hay vinculación y concordancia en medios y fines.

En relación con el segundo inciso del art. 9.3 c) LOPP, alega el Abogado del Estado que la doble militancia de un "amplio número de afiliados" en el partido y en organizaciones vinculadas al terrorismo no sólo puede considerarse probada mediante condenas penales firmes, sino por cualquier otro medio de prueba, incluida la simple declaración del miembro que voluntariamente la reconozca. Obviamente, la aplicación del precepto requiere que conste a los dirigentes del partido esta situación generalizada de doble militancia. La salvedad relativa a la medida disciplinaria no es una invasión del derecho del partido a autoorganizarse, sino el modo que tiene el partido de acreditar que no fomenta, alienta ni tolera que sus afiliados se integren en organizaciones vinculadas a un grupo terrorista o violento. Frente a las razones esgrimidas en el recurso contra la letra f) del art. 9.3, el Abogado del Estado opone que prestar habitualmente ayuda a organizaciones o grupos que actúan de acuerdo con el terrorismo organizado o lo amparan o apoyan es una descripción perfectamente clara e inteligible. Por último, la aplicación de la letra g) del art. 9.3 obliga efectivamente a examinar la actividad institucional de los cargos electos. Aunque sin duda los titulares de los cargos han sido votados por los electores, no por ello puede reconocérseles el derecho de convertir las instituciones -que deben servir a todos los ciudadanos, incluso a los que votan a otros partidos o no votan o han sido víctimas del terrorismo- en apoyos indirectos del terror.

f) El escrito de alegaciones del Abogado del Estado se detiene a continuación en el examen de la supuesta naturaleza singular o de caso único de la Ley recurrida. En su opinión, de la doctrina constitucional en la materia (SSTC 166/1986, de 19 de

diciembre, FJ 10, y 6/1991, de 15 de enero, FJ 10) se desprende que la LOPP no puede ser tachada de ley de caso único, ni en su totalidad ni en ninguno de sus artículos. Es una Ley general y abstracta, que no ciñe su posible aplicabilidad a un supuesto de hecho concreto ni su contenido y eficacia se agotan en la singular medida adoptada para aquel supuesto. No cabe negar, por ser notorio, que la configuración de los apartados 2, 3 y 4 del art. 9 LOPP se ha hecho teniendo en cuenta la trayectoria y actividad de un notorio partido político vasco, pero ello no hace de la LOPP ni de esos concretos apartados una ley de caso único. Se confunde aquí la ocasión que da motivo a que se impulse la aprobación de una ley con el alcance objetivo que en sí misma tiene la Ley aprobada. Tal como está redactado el art. 9 LOPP podría aplicarse por igual a un partido que promoviera o legitimara la violencia política para conseguir la secesión de una parte del territorio español y a otro que justificara o impulsara la violencia como medio para combatir por el terror las tendencias separatistas. Parecido argumento cabe utilizar respecto al apartado 2 de la Disposición Transitoria Única, también concebido en términos generales y abstractos. Que luego no se dé ningún supuesto real para aplicarlo, o que se den uno o diez supuestos, es algo contingente y, sobre todo, ajeno al plano de la normatividad. El número de supuestos en que cabe dar aplicación a una norma general no está predeterminado en ella misma, sino por la realidad empírica, extranormativa. Lo peculiar de la ley de caso único es que la propia norma se convierte en medida para un único caso, es decir, su unicidad aplicativa está incorporada a la norma-medida misma. Y no es éste el caso ni del apartado 2 de la transitoria única ni del art. 9 LOPP, como revela su sola lectura.

Para el Abogado del Estado podría terminar con lo anterior la respuesta a esta concreta imputación de inconstitucionalidad, pero estima conveniente responder también a los restantes alegatos del recurso sobre este particular. Ante todo, afirma que no puede aceptarse que para interpretar una ley haya que "relativizar cuanto dice el preámbulo [□] e incluso los términos que emplea su parte dispositiva". Con ese singular método de interpretación, aplicado además porque sí y sin la menor justificación, lo que se ataca no es la norma efectivamente vigente, sino la que el operador forja interesadamente en su imaginación. En segundo término, sostiene que la Ley no quiebra ninguna reserva de jurisdicción, pues el art. 11 prevé justamente un procedimiento judicial para aplicar al caso concreto los enunciados generales contenidos en los apartados 2, 3 y 4 del art. 9 LOPP y en la disposición transitoria única, apartado 2. Tampoco es comprensible, se alega en tercer lugar, qué quiere decir la demanda cuando sostiene que "el instituto del fraude de ley [□] muestra una falta de vocación reguladora". Las referencias al fraude de ley del art. 12.1 b) LOPP o del apartado 2 de la transitoria única podrían tacharse de superfluas, en la medida en que el intérprete siempre podría llegar a idéntica conclusión mediante la sola consideración del art. 6.4 del Código civil. No obstante, las menciones legislativas de que determinadas conductas, descritas en términos generales y abstractos, constituyen fraude de ley contribuyen a la seguridad jurídica, al facilitar la previsión de las consecuencias de una determinada línea de actuación. Y tampoco parece constitucionalmente reprobable que una ley trate de asegurar su propia efectividad práctica.

Sin demasiada coherencia con la pretendida naturaleza singular de la Ley, prosigue el Abogado del Estado, se afirma en el recurso que el apartado 2 de la disposición transitoria única viola el principio de irretroactividad (art. 9.3 CE). Reproche que se ciñe exclusivamente a las palabras "en fecha inmediatamente anterior". Ahora bien, el apartado dice con claridad que el art. 9.4 LOPP se aplica "a las actividades realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley". Y se aplica a tales actividades cumplidas tanto por los partidos preexistentes a la LOPP como por los que puedan constituirse después. No hay, por tanto, retroactividad alguna en delimitar así el círculo de destinatarios de la norma, siempre y cuando la actividad (conducta de partido) que se tome en consideración sea únicamente la posterior a la entrada en vigor de la Ley. Lo único que dice, un tanto innecesariamente, la norma es que no impedirán la aplicación de la Ley las maniobras que pretendan evitarla mediante la constitución de un nuevo partido continuador de la actividad. El efecto-anuncio

inherente a la tramitación de un proyecto de ley puede justificar una cierta retroactividad que lo evite (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13), pero en el caso examinado, aunque pudiera existir un efecto-anuncio, no hay retroactividad, pues la actividad a la que se declara de aplicación el art. 9.4 LOPP es sólo la posterior a la entrada en vigor de la Ley.

Finalmente, y también sin conexión con la pretendida naturaleza singular de la Ley, el recurrente critica las especialidades procesales de la LOPP, sin que, en el parecer del Abogado del Estado, ninguna de sus objeciones tenga relieve constitucional. La disolución judicial de un partido corresponde al Poder Judicial "y sólo a éste" (STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 9). Atribuir a la Sala del art. 61 LOPJ -un Pleno reducido del Tribunal Supremo- la declaración de ilegalidad y disolución judicial de un partido representa una mayor garantía para el partido demandado. La disposición adicional primera LOPP -no recurrida- modifica el art. 61 LOPJ adicionando la nueva competencia a las que ya tenía la Sala. Dado que la nueva condición se concede pro futuro y en términos generales no hay lesión alguna del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. No es cierto que la Sala deba "realizar ineludiblemente un juicio de prejudicialidad penal" (pág. 44 de la demanda), por las razones ya expuestas acerca de la diversidad que media entre el procedimiento penal y el procedimiento del art. 11 LOPP. Tampoco es cierto que deba realizar labor instructora, que en ninguna parte prevé el art. 11 LOPP; aparte de que, en cualquier caso, nunca sería motivo de inconstitucionalidad el que esa labor se adecuara más o menos a la naturaleza de la Sala. Otro tanto cabe decir respecto a los comentarios de la demanda sobre la regla de legitimación procesal (art. 11.1 LOPP), en los que no se aduce la infracción de ningún precepto o principio constitucionales. Además, restringir la legitimación a dos órganos públicos supondría un privilegio más para los partidos.

g) La última parte del escrito de alegaciones tiene por objeto razonar sobre la conformidad de la Ley con el artículo 22 de la Constitución. Por lo que hace a la reserva del derecho de crear partidos a los nacionales españoles (art. 1.1 LOPP), sostiene el Abogado del Estado que la diferencia de tratamiento entre españoles y extranjeros en ese punto se justifica constitucionalmente en el art. 13.1 CE. Los partidos son, ante todo, organizaciones electorales. La mediación política que llevan a cabo entre Estado y sociedad tiene lugar, sobre todo, a través de mecanismos electorales. Ahora bien, con la posible excepción de las elecciones municipales y europeas, el art. 13.2 CE dispone que sólo los españoles serán titulares de los derechos del art. 23 CE. En virtud de esta regla, y con las salvedades señaladas, "no cabe [□], ni por tratado ni por ley, atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en cualquiera de los procedimientos electorales para la integración de órganos de los poderes públicos españoles" (DTC de 1 de julio de 1992, FJ 3 A). Todo ello justifica que la Ley impugnada, como antes la Ley 54/1978, reserve a los españoles la creación de estos importantes actores electorales. Por otro lado, no existe norma europea que imponga al legislador español la obligación de reconocer a los nacionales de la Unión el derecho de libre creación de partidos políticos españoles. Y lo dispuesto en el art. 1.1 LOPP no puede considerarse una restricción que amenace seriamente el derecho de sufragio pasivo en las municipales y europeas de los nacionales de la Unión residentes en España. La libre afiliación (art. 1.2 LOPP) y los derechos de los afiliados (art. 8.2 LOPP) de los que gozan los miembros extranjeros son suficientes para negar que se dé una restricción de tal alcance, dada la importancia que ostentan los derechos de participación democrática en la vida interna del partido. Por otro lado, los extranjeros pueden presentarse, en uno y otro proceso electoral, como candidatos de agrupaciones de electores.

La incapacidad especial para promover un partido establecida en el art. 2.1 LOPP deriva de una condena penal por determinados delitos y dura mientras no haya rehabilitación judicial, lo que quiere decir que afecta a los condenados en fecha relativamente cercana a aquélla en que se pretende constituir el partido. Determinantes de esa incapacidad especial son, además de la asociación ilícita, determinados delitos graves. Se trata de una incapacidad especial y no de una pena

accesoria. La especial incapacidad para promover un partido no figura en el elenco del art. 33 CP y, por ende, no se impone en una sentencia penal; lo que, por cierto, supone que la infracción del art. 2.1 LOPP en el inciso que nos ocupa no entraña nunca quebrantamiento de condena (art. 468 CP). Como simple incapacidad especial, debe entenderse incluida en el art. 34.3 CP, por lo que en ningún caso cabe invocar aquí el art. 25 CE. Si en el momento de constituir un partido concurre quien -por esta causa ahora analizada- está especialmente incapacitado, la única consecuencia será que su consentimiento resultaría inválido, lo que ni siquiera será determinante de que la fundación del partido sea nula, pues en nada afectará a las declaraciones de voluntad de los otros promotores.

Por lo demás, la incapacidad examinada no sólo no tropieza con ningún límite constitucional expreso, sino que estaría jurídicamente justificada y no puede tacharse de lesiva del principio de proporcionalidad. Los delitos incapacitantes o se refieren al ejercicio del derecho de asociación o han de ser delitos graves relacionados con la actividad política. Tanto la carga infamante de estas condenas como una elemental precaución ante quien ha infringido gravemente -y ha sido condenado por ello en fecha relativamente reciente- concretas normas penales relativas al derecho de asociación o relacionadas con la actividad política justifican la restricción impuesta para promover un instrumento asociativo de participación en las elecciones y en el campo político general. Lo injustificable desde el punto de vista del sistema constitucional de valores sería que cualquier ciudadano honrado viera que funda un partido, no ya quien fue genocida, sedicioso o terrorista, sino quien literalmente acaba de ser condenado por ello.

En relación con la alegada inconstitucionalidad del régimen de adquisición de la personalidad jurídica de los partidos (arts. 3.2, 4.3 y 5.1 LOPP), sostiene el Abogado del Estado que no puede considerarse razón de inconstitucionalidad el que una ley especial como la recurrida se aparte de la solución ofrecida por la ley común (LODA). De otro lado, del art. 22 CE no resulta, para el legislador orgánico, ningún límite preciso respecto a si todas las asociaciones necesariamente deben ser personas jurídicas, ni respecto a cómo ha de configurarse el régimen de adquisición de la personalidad. El art. 22.2 CE establece un deber directo para las asociaciones de inscribirse en un Registro; y obliga también a que los poderes públicos competentes creen y regulen el Registro en el que las asociaciones puedan cumplir ese deber. El precepto fija, además, que el Registro ha de ser público. Sería compatible con el art. 22.2 CE que la ley orgánica que desarrolle el derecho no atribuyera personalidad jurídica a todas las asociaciones; y serían igualmente respetuosos con el precepto muy diversos regímenes de adquisición de la personalidad jurídica (así, STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 14 F).

En la LOPP la inscripción en el Registro está rigurosamente reglada, en línea con la doctrina constitucional que se remonta a la STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 5, seguida por la STC 85/1986, de 25 de junio, FJ 3. Se sigue de ello que la adquisición de la personalidad jurídica -como tal partido, esto es, como asociación sujeta al régimen propio de la LOPP y de la Ley Orgánica 3/1987- por la inscripción en el Registro bajo ningún concepto puede ser considerada como restricción del ejercicio del derecho de asociación política. Que la personalidad jurídica se adquiera con la inscripción (o con el paso del plazo de veinte días) es la solución más concorde con la naturaleza del partido. El partido es un tipo singular de asociación cuya vocación es actuar en procedimientos públicos de la mayor importancia y que disfruta de un trato privilegiado respecto de otras asociaciones, comenzando por su financiación con fondos públicos (art. 13 LOPP y Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio). De ahí que, en protección de los terceros y en garantía del recto cumplimiento de las funciones del art. 6 CE, el legislador orgánico haya optado por estimular la más pronta presentación del acta fundacional y la restante documentación en el Registro, haciendo que la adquisición de la personalidad dependa de la inscripción o del transcurso del plazo para practicarla.

Por lo demás, el art. 5.1 LOPP es plenamente conforme con el art. 22.2 CE y con la doctrina de las SSTC 3/1981 y 85/1986, sin que en el recurso se dé argumento alguno para negarlo. Y todavía es más difícil entender, para el Abogado del Estado, en qué puede radicar la inconstitucionalidad de la referencia que al Ministerio del Interior se hace en el art. 12.3 LOPP. El precepto refiere un singular incidente de ejecución - más bien un subprocedimiento con cierta autonomía- relativo a la declaración de improcedencia de un partido por continuar o suceder a otro ya disuelto. El precepto legitima para promover el incidente no sólo a las partes "de este proceso" (se entiende el de disolución del partido al que otro pretenda suceder o continuar), sino también al Ministerio del Interior y al Fiscal en el supuesto de que el partido pretenda la inscripción. La legitimación al Ministerio del Interior, debidamente interpretada, aparece más como garantía que como amenaza para el derecho de asociación. Lo que viene a prohibir el art. 12.3 LOPP es que sea el propio Registro de partidos quien asuma la función de determinar si se está o no ante un partido continuador o sucesor del disuelto. Se priva, pues, a la Administración de la normal autotutela declarativa o privilegio de la decisión ejecutiva previa, y se defiende la cuestión nada menos que a la Sala del art. 61 LOPJ. El Ministerio sólo impulsa el incidente, dentro del cual el partido podrá ejercer el derecho de defensa.

Al decir el recurso que el art. 12.3 LOPP rompe el criterio de no admitir otra legitimación de la Administración en materia de derechos fundamentales que la que deriva de la tutela judicial se confunden, en opinión del Abogado del Estado, dos cuestiones: una es el problema de si las Administraciones son titulares de algún derecho fundamental, y otra, muy diferente, la intervención administrativa en materia de derechos fundamentales de las personas. El art. 12.3 LOPP no confiere al Ministerio del Interior ningún derecho fundamental de asociación; simplemente le faculta para activar un procedimiento judicial en el que se decide una cuestión relevante para el derecho fundamental de asociación de los ciudadanos que pretenden la inscripción del partido. Más aún: en otros supuestos de intervención administrativa en los derechos fundamentales (así, prohibición de manifestaciones), es el titular del derecho quien asume la carga de impetrar la tutela judicial respecto de un acto administrativo de limitación del derecho. Por el contrario, en el supuesto del art. 12.3 LOPP es la Administración quien debe impulsar el procedimiento judicial, mientras que el titular del derecho fundamental ocupa la más cómoda posición de demandado.

Por todo lo expuesto, el Abogado del Estado interesa que se dicte sentencia declarando inadmisión el recurso por extemporaneidad o, subsidiariamente, desestimándolo en su integridad.

8. El escrito de alegaciones del Senado se registró en el Tribunal el 5 de noviembre de 2002. Por lo que hace a las cuestiones de orden procesal, el Letrado de las Cortes Generales representante de la Cámara sostiene, en primer término, que las alegaciones del recurrente en relación con su legitimación precisan de algunas matizaciones. En particular, admitiendo la evidente evolución jurisprudencial en materia de legitimación, se alega que es discutible que desde las competencias autonómicas sobre organización, régimen y funcionamiento de las instituciones autonómicas (art. 10.2 EAPV) y sobre legislación electoral interna (art. 10.3 EAPV) se pueda ubicar en el ámbito propio de interés de la Comunidad Autónoma del País Vasco cualquier norma que, como es el caso, atañe de forma directa al derecho fundamental del art. 23.1 CE. La regulación del desarrollo directo de los elementos esenciales de un derecho fundamental es un ámbito reservado a la ley orgánica (art. 81.1 CE). El interés legítimo de la Comunidad Autónoma no estriba en su conexión con la afectación del derecho a formar partidos políticos como especie del género asociación, sino en el juego de los arts. 9.2 y 139 CE. Esto es, por la obligación que pesa sobre todo poder público en orden a la promoción positiva de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, desde los valores proclamados en los arts. 1 y 139 CE. En relación con la afirmación del Gobierno Vasco en el sentido de que la Ley impugnada tiene un especial sentido para la Comunidad Autónoma del País Vasco por desenvolverse en su ámbito territorial y en el de la

Comunidad Foral de Navarra el partido que aparece como destinatario principal de aquélla, se alega de contrario que se trata de una afirmación infundada, pues no estamos en presencia de una ley singular, como más adelante se razona con detalle.

Las alegaciones de carácter sustantivo se ordenan, a continuación, de acuerdo con los apartados en los que se agrupan los argumentos del recurrente. Así, y por lo que hace a las razones recogidas en la "Introducción", el representante procesal del Senado manifiesta su extrañeza por las afirmaciones del Gobierno Vasco, en las que se mezcla el discurso jurídico propio de un recurso de inconstitucionalidad con el análisis sociológico o politológico. Para la Cámara, no es cierto que el presente caso se distinga de otros por presentar una especial carga política. Más bien parece que el recurso confunde la realidad con el deseo e incluso en éste hay confusión, pues se demanda habitualidad jurídica mientras se aportan argumentos metajurídicos.

a) Por lo que hace a la supuesta carencia de fundamento constitucional por parte de la Ley recurrida, alega la Cámara que los constituyentes no adoptaron el control específico de constitucionalidad de los partidos por parte del Tribunal Constitucional, pero sí incorporaron, por mor de la enmienda transaccional que daría lugar al art. 6 CE, una concepción "militante" del concepto de la democracia partidista y, a sensu contrario, la exclusión de quienes, aun aceptando formalmente la concepción democrática, llevan a cabo acciones atentatorias contra la normal marcha de la actividad estatal. En segundo lugar, tampoco sería tan automática la conclusión de que la inexistencia de un control específico de la constitucionalidad de los partidos suponga la equiparación de éstos a las asociaciones comunes (es decir, aplicación del art. 22.2 y 5 CE, del art. 515 CP y del art. 2.5 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación). Basta señalar que el art. 1.3 LODA dispone que los partidos se regirán por su legislación específica, y tal es, precisamente, la LOPP, como antes lo fue la Ley 54/1978, cuya inconstitucionalidad quedó descartada en la STC 10/1983, de 21 de febrero.

Ciertamente, la Ley recurrida podría haber optado por atribuir al Tribunal Constitucional el control de la constitucionalidad de los partidos; incluso puede admitirse que la opción elegida no es perfecta. Pero no cabe negar que el legislador ha adoptado una ley especial que era necesaria, dado el carácter preconstitucional de la anterior, y que es expresión de una opción legítima y constitucionalmente ajustada. En cualquier caso, continúa el escrito de alegaciones, no es cierto que, como alega el recurrente, la naturaleza de los partidos lleve a encomendar su control al Tribunal Constitucional y que ello haga innecesario establecer por ley el parámetro de enjuiciamiento a utilizar. Se olvida así la existencia de la anterior Ley de Partidos, que establecía límites y fijaba parámetros de actividad, como lo hace la Ley vigente e impugnada. Estos parámetros, además, no se reducen a una serie de conceptos jurídicos indeterminados que no apelan a la defensa de la norma constitucional, sino a la del orden político subyacente, tal como sostiene el Gobierno Vasco, para el que los parámetros de la Ley o no añaden nada a los arts. 6 y 22 CE o son inconstitucionales. En opinión del Senado, el contenido de los arts. 6 y 22 CE habilita para que la creación y el ejercicio de la actividad de los partidos, que es libre, lo sea dentro del respeto a la Constitución (esto es, regla del pluralismo, regla de la concurrencia a la formación y manifestación de la voluntad popular, regla de participación, regla de democracia interna -art. 6 CE; y regla de licitud de fines y medios, regla de libre ejercicio salvo disolución judicial, regla de publicidad -art. 22 CE) y del respeto a la ley (disolución por asociación ilícita o por contrariar los principios democráticos -Ley 75/1978 y LOPP).

Si el anterior era el esquema hasta la entrada en vigor de la LOPP, se pregunta la Cámara en que vulnera ésta la Constitución. La Ley recurrida requiere que en su actuación interna los partidos se ajusten a los principios democráticos establecidos en la Constitución (libertad, justicia, igualdad y pluralismo -art. 1.1 CE) y en la ley (principios democráticos y derechos humanos -art. 9.1 LOPP). La novedad de la Ley

recurrida frente a la regulación anterior radica en que desarrolla pormenorizadamente lo dispuesto en el art. 5.2 b) de la Ley de 1978. Desarrollo que no se verifica por medio de conceptos jurídicos indeterminados, sino mediante una relación casuística de actos finalistas que, de realizarse de manera reiterada y grave, pueden dar lugar a la suspensión o disolución de un partido por resolución judicial.

El representante del Senado no comparte la idea de que las conductas previstas en el art. 9.2 y 3 LOPP, por su coincidencia con normas penales (art. 515 CP), supongan una infracción del principio de legalidad penal (art. 25 CE). Por el contrario, y a su juicio, se cumplen los requisitos de predeterminación normativa, certeza y rango. Y no sería inconstitucional, ni siquiera inusual, la existencia de normas penales al margen del Código Penal, citándose como ejemplo la consignación de los delitos e infracciones electorales en la Ley Electoral (arts. 135 a 152 LOREG). Luego no cabe hablar de amalgama confusa, porque puede haber paralelismos sancionadores, lo que es bien distinto de la duplicidad de sanciones en casos de identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial que justifique el ius puniendi y, a su vez, la potestad sancionadora de una Administración.

La LOPP no sería, como sostiene el Gobierno Vasco, una ley intermedia entre el art. 6 CE y el Código penal. Es, exactamente, una ley de integración constitucional del art. 6 CE. No sería lo primero porque se trata de leyes de ámbito distinto: desarrollo del derecho de partidos como especie del género derecho de asociación, por un lado (LOPP), y desarrollo del sistema penal como ámbito general del ius puniendi del Estado (Código penal), por otro. Tampoco sería un instrumento de defensa de la Constitución. Si los poderes públicos competentes consideran que una ley de integración del sistema constitucional, como es la LOPP, ha de recoger, de manera proporcional y adecuada con el principio de legalidad, instrumentos de garantía y defensa de la Constitución, actuando en tal sentido como defensor de la misma, ello es indicio de situaciones críticas para la Constitución, pero no al margen de la Constitución, sino todo lo contrario, como ejercicio reforzado de la defensa constitucional que, en condiciones generales, se opera por el ejercicio de actividades de cada poder público, en los términos de la atribución de competencias que la Constitución fija.

No entiende el Senado que la Ley incurra en los defectos y excesos denunciados en el recurso. El legislador, entre la posibilidad de una regulación minimalista -como la de la Ley de 1978- y una pormenorización prolija -como la Ley alemana de partidos de 1967- ha optado por un término medio en el que sólo se consignan los derechos instrumentales básicos, dejando el resto de la regulación a la autonomía de la voluntad del partido político. No hay, pues, defecto alguno en lo atinente a la regulación de la democracia interna. Ni tampoco exceso en los límites impuestos; por el contrario, los apartados 2 y 3 del art. 9 LOPP incurren en tal grado de concreción que pudiera ser más preocupante que por la facundia descriptiva quedase fuera alguna actividad o conducta antidemocrática.

Por último, el Senado sostiene que, en efecto, la disolución de un partido sólo puede imponerse en los casos de las más graves infracciones y estar justificada en la protección de los más valiosos bienes jurídicos. Y grave infracción es quebrar la democracia partidista ad extra, esto es, en las actividades o conductas atentatorias de manera grave y continuada contra derechos y libertades y contra la propia organización institucional del sistema constitucional democrático, del mismo modo que la existencia y mantenimiento de un Estado social y democrático de Derecho constituye un bien jurídico merecedor de la máxima protección.

b) A propósito de las razones agrupadas por el Gobierno Vasco bajo la afirmación genérica de que la Ley impugnada constituye ejercicio del ius puniendi del Estado, alega la Cámara que la Ley contiene, además de muchas otras prescripciones, muestras de ese ejercicio. Pero matizando a continuación que se trata de ius puniendi

en sentido lato, esto es, más allá del Derecho penal, en el que no se agota ese ius. También comparte la Cámara que la disolución es la respuesta ante una valoración negativa, pero no de la actividad del partido, sino ante actividades de un partido que atenta contra el ordenamiento constitucional. De lo uno a lo otro va tanto como decir que la LOPP es una ley punitiva a decir de ella que regula la organización y funcionamiento de los partidos y, entre otras cosas, prevé un régimen sancionatorio para supuestos de contravención grave y reiterada del ordenamiento constitucional.

Seguidamente se analiza la pretendida infracción del principio non bis in idem por parte de los arts. 9 a 12 LOPP. Tras destacar el heterogéneo contenido de cada uno de estos preceptos, se alega que el recurso parte de la confusión de que su contenido es un solapamiento material de ilícitos penales. En realidad, aquellos preceptos sólo contemplan ilícitos constitucionales, por lo que no procede hablar de non bis in idem, sino de confluencia de ilícitos, lo cual no es extravagante en nuestro ordenamiento, donde pueden confluir ilícitos penales y administrativos o parlamentarios. Esto sentado, se afirma que no tiene sentido entrar en la comparación entre las conductas sancionadas por la LOPP y las tipificadas como delito en el Código Penal, pues no hay, en ningún caso, la denunciada superposición de ilícitos.

En cuanto a la existencia de una nueva causa de inelegibilidad por mor del art. 9.3 c) LOPP, no prevista en la LOREG, con infracción de la reserva del art. 70.1 CE, alega el representante procesal del Senado que el art. 9.3 c) LOPP no establece una pena superpuesta distinta a las previstas en el Código penal (arts. 479.2 y 41 CP), ni causas de inelegibilidad espuriamente incorporadas al margen de la Ley electoral (art. 6.2 LOREG). Lo novedoso del precepto impugnado es que incorpora la doble militancia terrorista y partidista como elemento constitutivo de un ilícito constitucional. Y no hay límite alguno a los derechos de los afiliados, sino garantía del sistema que sitúa a los partidos en el espacio más nuclear del mismo.

No hay, para el Senado, infracción de la libertad ideológica y del art. 25 de la Constitución por el hecho de que el art. 9.3 c) LOPP exija el rechazo público de los fines y medios terroristas. Los partidos gozan de libertad ideológica y también sus miembros en cuanto candidatos y afiliados. Pero las manifestaciones de su ideología han de armonizarse en su ejercicio con el necesario cumplimiento del deber positivo inherente al cargo público de respetar y actuar en su ejercicio con sujeción a la Constitución (STC 101/1983, de 18 de noviembre). Deber positivo que no implica adhesión material a los contenidos constitucionales, sino al procedimiento democrático de formación y expresión de la voluntad.

En relación con el art. 9.3 f) LOPP, alega la Cámara que no es cierto que el legislador haya adelantado la protección a un estadio antecedente a la conducta criminal que quiere erradicar. Una vez más, se habla de ilícito penal cuando el precepto sólo contempla un ilícito constitucional. Por su parte, la letra g) del precepto no implica una intromisión ilegítima en el derecho de participación como ius in officium. No se habla ahí sólo de partidos y de miembros de partidos, sino de representantes y cargos públicos, y por ello resultan doblemente aplicables las disposiciones del art. 9.1 y 2 CE y por ello no es desproporcionada ni desmesurada la sanción anudada por la Ley a ese grave ilícito constitucional. Ciertamente, en el recurso se sugiere la conveniencia de prever medidas disuasivas o preventivas de menor intensidad como alternativa a la disolución. Tras recordar alguna iniciativa parlamentaria en esa línea, alega el Senado que con ese planteamiento viene a reconocerse que no estamos ante ilícitos penales, sino constitucionales, pues en otro caso no se entendería que la sanción se condicionara o modulara en atención a circunstancias tales como, por ejemplo, la existencia de una posibilidad real de que, atendida la evolución electoral del partido, éste suponga un riesgo efectivo para el ordenamiento constitucional.

c) El Senado discute la afirmación de que la Ley impugnada es una ley singular. En su opinión, se trata de una norma que, con carácter general, regula los aspectos

principales de los partidos políticos, en la misma línea que la Ley de 1978, que fue declarada plenamente constitucional en su momento. Tampoco sería cierta la denunciada falta de vocación reguladora del fraude de ley, pues la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto con fraude de ley afecta a los que lo han sido por funcionamiento antidemocrático tanto interno como externo. Por su parte, la supuesta retroactividad de la Ley no es tal, pues las actividades que pueden dar lugar a la declaración de ilicitud y disolución son sólo las realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley y también respecto de partidos ya existentes o constituidos ad hoc en el umbral de la vigencia para eludir su aplicación. Por último, las especialidades procesales de la Ley responden, en opinión del Senado, a una legítima opción del legislador orgánico, entre varias posibles. Lo mismo cabe decir, en particular, a propósito de la iniciativa concedida a las Cámaras para instar al Gobierno la solicitud de ilegalización, sin que pueda admitirse que se quiebre el régimen de relaciones interorgánicas previsto en la Constitución. Si acaso, se potencia la posición del Parlamento en la red de poderes del Estado, en términos acordes con la forma política del Estado establecida en el art. 1.3 CE.

La modificación de la LOREG por la disposición adicional segunda de la Ley impugnada no vulnera, para la Cámara, garantías jurisdiccionales. Simplemente prevé especialidades procedimentales en el órgano jurisdiccional competente.

d) Finalmente, el escrito de alegaciones razona que la Ley recurrida no conculca el contenido del derecho de asociación. El recurso parte, para el Senado, de una equiparación errónea entre partidos políticos y asociaciones del art. 22 CE. Una cosa es que el derecho de formar partidos sea una variable específica y singular del derecho de asociación, lo que, entre otras cosas, puede facultar para recurrir en amparo en materia de derecho de asociación, y otra, bien distinta, que la regulación de los partidos sea, sin más, la propia del derecho de asociación. La regulación específica de los partidos es la establecida en la Constitución (art. 6) e integrada por la LOPP, además de la normativa también específica sobre financiación, siendo la LODA normativa supletoria que, como tal, sólo actúa en ausencia de norma específica, que, en lo tocante a los partidos, es, precisamente, la Ley impugnada.

El Senado tampoco comparte las críticas vertidas en el recurso contra la limitación a los españoles del derecho de crear partidos. La ley a la que se refiere el art. 13 CE, para el caso de constitución de partidos, es la LOPP y no la LODA. Ambas son leyes orgánicas, de integración constitucional, y de las dos la específica en materia de partidos es la primera. Además, los partidos son instrumento fundamental para la participación política (art. 6 CE) y el art. 13.2 CE limita a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE. La opción del legislador orgánico ha sido una integración estricta acorde con los arts. 6, 13.2 y 23 CE. Con ello no se conculca el derecho de asociación de los extranjeros, porque la norma de desarrollo de ese derecho no es la LOPP, sino la LODA, que efectivamente lo refiere a todas las personas. Por lo demás, en esa línea se inscriben las legislaciones comparadas.

La prohibición de promover partidos por parte de quien haya sido condenado en los términos del art. 2.1 LOPP no supone, para el Senado, la imposición de una pena accesoria ex lege y desproporcionada. Más bien, a su juicio, el precepto dispone el mantenimiento de los efectos de la pena de inhabilitación absoluta o especial vinculada a los delitos de terrorismo y a otros muchos tipos de los previstos en los Títulos XXI a XXIV del Código penal, en una posición verdaderamente severa, pero fundamentada en la gravedad de un ilícito penal aún no saldado, porque todavía no se ha producido la rehabilitación judicial, que sirve de elemento restrictivo para no facultar la promoción de partidos, lo que no empece el derecho a afiliarse. Lo esencial es, en todo caso, que el derecho a crear partidos no condiciona de manera inevitable y obstativa el derecho de participación, que es la clave de las facultades que giran en torno al derecho de partidos. La restricción examinada, como las restantes del art. 2.1 LOPP, viene a operar con carácter finalista, pues se pretende que en la facultad de

promoción exista plena capacidad de obrar y, por lo mismo, se exige mayoría de edad y pleno ejercicio de los derechos.

Por lo que hace a las críticas del recurrente frente al sistema de inscripción registral adoptado por la Ley, alega el Senado que el Gobierno Vasco vuelve a partir aquí de la equivocada equivalencia entre asociaciones y partidos y de la consideración de la LODA como la Ley de desarrollo del derecho de partidos. Ese papel corresponde a la Ley recurrida, como en su día a la Ley 54/1978, cuyo sistema registral, seguido ahora por la LOPP, fue validado en su día por el Tribunal Constitucional (SSTC 3/1981, de 2 de febrero, y 85/1986, de 25 de junio). El art. 3.2 LOPP condiciona la adquisición de la personalidad jurídica del partido a su inscripción en el Registro. Pero el art. 4.1 LOPP contiene una referencia a la existencia del partido aun antes de su inscripción, al disponer que sus promotores responderán frente a terceros cuando hubieren manifestado actuar en nombre del partido no inscrito. La Ley, por tanto, contempla en el iter constitutivo del partido la situación previa a la inscripción como fuente de responsabilidad personal y solidaria de los promotores. Aunque, por el necesario principio de publicidad, es la inscripción la que da lugar a la personalidad jurídica que vincula a los poderes públicos y es garantía tanto para terceros como para sus propios miembros (art. 4.3 LOPP). En cualquier caso, la Cámara insiste en la coincidencia del sistema registral de la Ley con el establecido en la Ley de 1978, que el Tribunal Constitucional no estimó contrario a la Constitución. La novedad que representa la legitimación del Ministerio del Interior para instar el pronunciamiento sobre improcedencia de la sucesión de un partido disuelto se explica por el carácter de sede del Registro, según lo dispuesto en el art. 4.2 LOPP.

Por último, la Cámara rechaza la imputación de inconstitucionalidad que se hace del art. 6 LOPP por considerar que formalmente tiene encaje en el art. 6 CE y materialmente, además de en dicho artículo, en el art. 1.1 CE, viniendo a integrar, en la legislación de desarrollo, el marco en que actúan los partidos políticos como elementos sustanciales del Estado democrático.

Por lo expuesto, el Senado interesa que se dicte Sentencia desestimatoria del presente recurso de inconstitucionalidad.

9. Por Auto de 20 de noviembre de 2002, el Pleno del Tribunal desestimó la recusación formulada por el Gobierno Vasco contra el Presidente del Tribunal don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

10. Por diligencia de 27 de noviembre de 2002, el Secretario de Justicia hace constar que, finalizado el incidente de recusación en sentido desestimatorio, pasa el recurso al Excmo. Sr. Presidente don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, a quien inicialmente había correspondido la ponencia.

11. Mediante escrito registrado el 4 de febrero de 2002, los Servicios Jurídicos del Gobierno Vasco presentaron nueva recusación contra el Excmo. Sr. Presidente don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, basada en hechos posteriores a la desestimación de la primera recusación. Con este motivo, el Pleno, por providencia de 6 de febrero de 2003, acordó admitir a trámite la recusación y nombrar ponente en este proceso principal, en sustitución del recusado y mientras se sustanciara el incidente, al Excmo. Sr. don Javier Delgado Barrio. Esta segunda recusación fue finalmente desestimada por Auto del Pleno de 19 de febrero siguiente. Por diligencia de 20 de febrero siguiente, el Secretario de Justicia hace constar que, finalizado el incidente de recusación en sentido desestimatorio, pasa el recurso al Excmo. Sr. Presidente don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, a quien inicialmente había correspondido la ponencia.

12. Por providencia de 5 de marzo de 2003, se fijó para deliberación y votación de la presente Sentencia el siguiente día 6, quedando concluida con esa misma fecha.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Gobierno Vasco impugna en el presente procedimiento varios preceptos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos (en adelante LOPP). Los artículos concretamente recurridos y las razones esgrimidas en apoyo de su inconstitucionalidad han quedado recogidos en los antecedentes de esta Sentencia y sobre unos y otras volveremos en particular en los correspondientes fundamentos. Antes, sin embargo, es preciso pronunciarse sobre las objeciones procesales opuestas a la demanda por el Abogado del Estado y detenerse en las puntualizaciones con las que el representante procesal del Senado dice admitir la legitimación del Gobierno Vasco para interponer el presente recurso de inconstitucionalidad.

El representante procesal del Senado no cuestiona propiamente la legitimación activa del Gobierno Vasco, pero sí sostiene que su fundamento no es el aducido en la demanda. A su juicio, es discutible que las competencias del País Vasco sobre organización, régimen y funcionamiento de las instituciones autonómicas y sobre legislación electoral interna (art. 10.2 y 3 EAPV) permitan ubicar en el ámbito propio de interés de la Comunidad Autónoma cualquier norma que atañe de forma directa a un derecho fundamental, cuyos elementos esenciales tienen reservada la regulación de su desarrollo directo a la ley orgánica (art. 81.1 CE), esto es, a una norma de competencia estatal. El interés legítimo de la Comunidad Autónoma resultaría, más bien, del juego de los arts. 9.2 y 139 de la Constitución, dada la obligación que, en tanto que poder público, pesa sobre sus instituciones en orden a la promoción positiva de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Por último, la Cámara niega toda virtualidad legitimadora al pretendido carácter singular de la Ley recurrida, precisamente por no aceptar la realidad de ese carácter.

El art. 162.1 a) de la Constitución legitima a "los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas" para interponer el recurso de inconstitucionalidad. Esa legitimación se verá delimitada por la Ley Orgánica del Tribunal, cuyo art. 32.2 la limita materialmente para el supuesto de leyes estatales que "puedan afectar [al] propio ámbito de autonomía" de la Comunidad Autónoma. En un principio, como recuerdan el Gobierno Vasco y el Senado, este Tribunal interpretó la restricción del art. 32.2 LOTC en un sentido estrictamente competencial (así, STC 25/1981, de 14 de julio), si bien muy pronto ³/₄ ya con la STC 84/1982, de 23 de diciembre³/₄ se inició una línea jurisprudencial de progresiva flexibilización de ese criterio, hasta el extremo de que, al día de hoy, puede afirmarse que los condicionamientos materiales a la legitimación de las Comunidades Autónomas para impugnar leyes del Estado constituyen una verdadera excepción. En palabras de la STC 199/1987, de 16 de diciembre, "la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico y, en este sentido, □ se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual, a su vez, no puede ser interpretado restrictivamente" (FJ 1).

Nada de esto discuten las partes personadas, si bien el Senado interesa un pronunciamiento en el que se matice, con carácter general, que aquella conexión material no puede operarse en virtud de la afectación de un derecho fundamental por la Ley estatal recurrida. Sin embargo, lejos de la generalidad y abstracción pretendidas por la Cámara, ha de bastar aquí con constatar la existencia de una clara conexión material entre la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos, y el ámbito

competencial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, siquiera sea sólo porque aquella Ley se erige en el marco normativo determinante de la existencia y configuración de los partidos políticos, instituciones que "concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular" (art. 6 CE) en todas las instancias del Estado y, por tanto, también en las Comunidades Autónomas. Por lo demás, y a estos efectos, no puede obviarse el dato de que una de las quejas de inconstitucionalidad deducidas por el Gobierno Vasco en su demanda consiste en atribuir a la Ley de partidos la condición de ley singular, cuyo único destinatario sería, precisamente, una formación política que sólo opera en los ámbitos territoriales vasco y navarro. Ciertamente, el representante procesal del Senado discute esa condición singular, pero con ello traslada ya el debate a una de las cuestiones de fondo planteadas con el recurso, sobre la que, obviamente, sólo sería posible pronunciarse una vez admitida la legitimación activa del recurrente. En cualquier caso, y con independencia de esa concreta causa de impugnación, ha de bastar con el hecho de que es innegable el interés de la Comunidad Autónoma en contribuir a la depuración objetiva del ordenamiento mediante la impugnación de una Ley que disciplina la existencia y el régimen jurídicos de los sujetos que han de concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular en el ámbito de sus instituciones de autogobierno, instrumentalizando la participación política en el proceso de integración de sus órganos propios.

2. El Abogado del Estado sostiene que el recurso de inconstitucionalidad es extemporáneo e interesa, con carácter principal, su inadmisión. Dado que la Ley impugnada se publicó en el "Boletín Oficial del Estado" el 28 de junio de 2002, el plazo de tres meses establecido en el art. 33.1 LOTC vencía a las veinticuatro horas del 28 de septiembre siguiente, día hábil en el que estuvo abierto el Registro de este Tribunal. Sin embargo, el recurso se presentó en el Juzgado de guardia de Madrid el 27 de septiembre anterior, esto es, el día penúltimo del plazo, cuando era posible presentarlo al día siguiente en el Tribunal Constitucional, donde, sin embargo, se registró ya el día 30, remitido desde el Juzgado. A la vista de estas circunstancias, el Abogado del Estado recuerda que este Tribunal no ha considerado irrazonable la interpretación del art. 41.1 del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 5/1995, que "niega la eficacia de la presentación de escritos procesales en el Juzgado de Guardia antes del día en que fina el plazo hábil para ello y cuando todavía está a disposición de la parte proceder a su presentación en el registro del órgano judicial destinatario" (STC 260/2000, de 30 de octubre, FJ 5). Esta doctrina sería perfectamente aplicable al presente supuesto, sin que, para el Abogado del Estado, se justifique dar mejor trato al Gobierno de una Comunidad Autónoma que al ciudadano que intenta un recurso de casación.

La objeción no puede prosperar. El recurso se registró en el Tribunal Constitucional el 30 de septiembre de 2002, es decir, una vez vencido el plazo de tres meses establecido en el art. 33.1 LOTC, si se entiende que el término a quo era la fecha de publicación oficial de la Ley 6/2002, esto es, el 28 de junio anterior, lo que situaría el dies ad quem en el 28 de septiembre de 2002. Sin embargo, si se entiende que el dies a quo es el día siguiente al de la publicación oficial, el término ad quem sería el 30 de septiembre, dado que el 29 era domingo.

Pues bien, en relación a esta cuestión, el texto del art. 33 LOTC posibilita ambas interpretaciones, al disponer que "el recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición, o acto con fuerza de Ley impugnado". Así, en la STC 148/1991, de 4 de julio, efectuamos el cómputo a partir del día siguiente al de la publicación (FJ 2). Aplicando el mismo criterio, hemos de entender, en virtud del principio pro actione y a semejanza de lo que sucede con el cómputo de los plazos en el recurso de amparo, que el dies a quo es el siguiente al de la publicación oficial de la Ley y que, por lo tanto, el recurso se presentó dentro de plazo.

3. La delimitación del objeto de este proceso, una vez despejados los anteriores obstáculos, exige ciertas precisiones, pues el Abogado del Estado sostiene que la impugnación de buena parte de los preceptos recurridos ha de ser desestimada de plano al no haberse levantado debidamente la carga de fundamentar la inconstitucionalidad que se denuncia. En su opinión, de la lectura de la demanda se desprende que ni los argumentos utilizados guardan relación de congruencia con el objeto del recurso ni puede decirse que respecto de todos los preceptos recurridos se haya levantado debidamente la carga alegatoria.

En efecto, y como recuerda el Abogado del Estado, "no basta la mera invocación formal de los preceptos en la demanda ... o incluso ... la existencia en la misma de una solicitud expresa de su declaración de inconstitucionalidad, para que este Tribunal deba pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos, sino que es preciso, además, que en el cuerpo del recurso se contenga la argumentación específica o razonamientos que fundamenten la presunta contradicción de éstos con la Norma fundamental" (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 2). Así ha de ser también en el presente caso. Sin embargo, la sistemática observada por el Gobierno Vasco en la ordenación de sus razonamientos jurídicos hace especialmente laboriosa la tarea de seleccionar, con carácter previo, los preceptos que, atendida aquella exigencia, merecen una consideración de fondo. El recurrente no anuda a cada concreta impugnación de un precepto las razones que abonan su pretendida inconstitucionalidad, sino que ha articulado su demanda alrededor de cuatro motivos de inconstitucionalidad cuyo desarrollo argumental se traduce en las correspondientes impugnaciones de concretos preceptos de la Ley recurrida. Esto supone que un mismo artículo puede ser objeto de denuncia por varios conceptos y que no en todos los casos se satisfaga en los mismos términos la carga alegatoria, de manera que si no cabe su consideración de fondo por una determinada impugnación sí sea factible examinarlo desde la perspectiva de otro motivo impugnatorio. Por tanto, en aras de la claridad y del sistema, es preferible no anticipar ahora cuáles son los preceptos correctamente impugnados; resolveremos sobre la suficiencia de la argumentación del actor en cada caso, esto es, al examinar en concreto el alcance que, a esos efectos, pueda darse a la singular impugnación que el recurrente deriva del desarrollo de los motivos de inconstitucionalidad razonados en su demanda.

4. Si bien el Gobierno Vasco no impugna el conjunto de la Ley Orgánica 6/2002, sino sólo algunos de sus preceptos, lo cierto es que las primeras consideraciones de fondo de su recurso se aglutinan bajo la afirmación de que la nueva Ley de partidos carece de fundamento constitucional. En su opinión, el hecho de que durante el proceso constituyente se rechazara de manera expresa el establecimiento de un control de constitucionalidad de los partidos políticos por parte del Tribunal Constitucional habría supuesto la equiparación de aquéllos a las asociaciones comunes del art. 22 de la Constitución en todo lo relativo a su control jurisdiccional. En consecuencia, la disolución de los partidos, como la de las asociaciones, sólo podría producirse mediante resolución judicial (art. 22.4 CE) y traer causa de su ilicitud penal (art. 515 CP) o, en vía civil, de la inobservancia del deber de organización y funcionamiento democráticos (art. 6 CE). La Ley impugnada, alterando de manera radical la situación normativa vigente hasta el momento, introduce para los partidos políticos un régimen propio y diverso del establecido en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del derecho de asociación, y fija para ellos límites específicos que van más allá del respeto a las exigencias de los arts. 6 y 9.1 del texto constitucional.

Estos límites, siendo los partidos unas instituciones a mitad de camino entre los particulares y los poderes públicos, podrían no traducirse en un régimen de libertad negativa, sino en un sistema de sujeción especial que, en todo caso, debería equilibrarse encomendando al Tribunal Constitucional, por la vía del art. 161.1 d) CE, la función de asegurarla, pero sin que para ese enjuiciamiento pudiera éste servirse de otro parámetro que el texto de la Constitución misma. El recurrente entiende que la Constitución no admite más límites para los partidos que los propios de las asociaciones ni más control que el destinado a declarar la ilicitud de los que persigan

finés o utilicen medios tipificados como delito o a garantizar la prohibición de los que pudieran ser calificados de secretos o paramilitares. En particular, no cabe nada parecido a una democracia militante, si bien la Ley recurrida utiliza como canon de la legalidad de los partidos una serie de conceptos jurídicos indeterminados que no apelan a la protección de la norma constitucional, sino a la defensa de un orden político. En este sentido, la referencia del art. 6 LOPP a "los principios democráticos", la del art. 9.1 LOPP a "los valores constitucionales expresados en los principios constitucionales y en los derechos humanos" y las alusiones al "régimen de libertades", al "sistema democrático", al "orden constitucional" y a la "paz pública" (arts. 9.2 y 10.2 LOPP), en la medida en que denotan la pretensión de conferirles una existencia autónoma y al margen del texto de la Constitución, serían indicativas de una realidad metapositiva a cuya defensa y protección se encaminan las previsiones de la Ley. El Gobierno Vasco sostiene, por último, que la Ley Orgánica 6/2002 no puede ubicarse, como pretende, en un espacio intermedio entre el art. 6 de la Constitución y el art. 515 del Código Penal. Con ella se persigue a una muy determinada forma de acción política, lo que explica tanto sus defectos en orden al desarrollo de la exigencia de democracia interna (art. 6 CE) como sus excesos a la hora de establecer límites constitucionalmente inadmisibles al derecho de asociación y prever para el caso de su incumplimiento una sanción tan radical y desproporcionada, por insusceptible de modulación, como es la disolución del partido trasgresor.

El Abogado del Estado, por su parte, alega que el fundamento constitucional de la Ley impugnada se encuentra en el art. 81.1, en relación con los arts. 6, 22 y 23 CE. El recurso partiría de una serie de premisas erróneas, tales como la configuración con carácter absoluto del derecho de asociación $\frac{3}{4}$ necesitado, como todos, del desarrollo legal al que proveen fundamento los arts. 53.1 y 81.1 CE $\frac{3}{4}$ o la idea de que una asociación sólo puede disolverse si es delictiva en el sentido del art. 515 CP $\frac{3}{4}$ que supondría el exorbitante privilegio de que las asociaciones sólo estarían obligadas a respetar la ley penal. Por otra parte, no habría, en su criterio, discordancia alguna entre la nueva Ley de partidos y la Ley reguladora del derecho de asociación, pues ésta respeta en todo caso la especificidad de los partidos al remitir a su regulación propia (art. 1 LODA), opción perfectamente constitucional atendida su posición y relevancia constitucionales. Regulación específica de la que, además, se desprende un trato privilegiado para los partidos en relación con las asociaciones, pues su disolución por causas no penales se reserva al Tribunal Supremo y sólo se contempla para supuestos tasados y gravísimos. Tampoco admite el Abogado del Estado que la Ley Orgánica 6/2002 permita el enjuiciamiento de ideas o fines, sino únicamente el examen de la trayectoria de los partidos en términos de respeto al método político propio de la libertad democrática, que excluye la violencia y la vulneración de derechos como instrumento de la acción política.

Finalmente, el representante procesal del Senado sostiene que la inexistencia de un control específico de la constitucionalidad de los partidos políticos no supone que el constituyente descartara una concepción militante de la democracia partidista o que éstos queden equiparados a las asociaciones comunes a todos los efectos. La propia Ley Orgánica reguladora del derecho de asociación remite para los partidos a su legislación específica, hoy contenida en la Ley impugnada como antes lo fue en la Ley 54/1978, cuya inconstitucionalidad se descartó en la STC 10/1983, de 21 de febrero. Para la Cámara, no es cierto que la naturaleza de los partidos exija reservar su control al Tribunal Constitucional y que sea innecesario establecer por ley el parámetro de su enjuiciamiento. Los cánones establecidos en la nueva Ley de partidos se ajustan al contenido de los arts. 6 y 22 CE, que condicionan la existencia de los partidos al respeto a la Constitución y a la ley. Y ello sin servirse de conceptos jurídicos indeterminados o incurriendo en infracción del principio de legalidad penal, sino mediante una regulación casuística mucho más pormenorizada que la que ya se contenía, según alega, en el art. 5.2 b) de la Ley de partidos políticos de 4 de diciembre de 1978, que ya decía que la suspensión y disolución de los partidos políticos podría declararse cuando su organización y actividad resultasen contrarias a los principios democráticos, aunque ahora se avanza al detallar esa transgresión en el art. 9 de la

Ley Orgánica 6/2002, anudando a su trasgresión una sanción perfectamente proporcionada, atendida la gravedad de los hechos, que se acreditarán judicialmente.

5. A la vista de las alegaciones que acaban de sintetizarse, la primera de las cuestiones a dilucidar en este proceso es si la regulación constitucional de los partidos políticos admite o no en nuestro ordenamiento un régimen legal específico y distinto del que es propio de las asociaciones. En otras palabras, si los partidos, en tanto que especie del género asociación, no admiten más límites y controles que los previstos en la Constitución para las asociaciones (art. 22 CE) o si su reconocimiento constitucional en los términos del art. 6 CE implica la existencia de límites y condiciones adicionales, sean propiamente constitucionales o el resultado de una eventual habilitación al legislador orgánico por parte del constituyente. Al respecto ha de afirmarse que, en cuanto regulación del ejercicio de lo que en línea de partida hemos de considerar incluido en el derecho fundamental de asociación, la base constitucional de la Ley se encuentra, según alegan el Abogado del Estado y el representante del Senado, en los arts. 53.1 y 81.1 CE, en relación con los arts. 20, 22 y 23 CE. Debe precisarse que la posibilidad de la regulación de los partidos políticos fuera del texto de la Ley de asociaciones está incluso prevista en el art. 1.3 de ésta. Si no hay obstáculo constitucional alguno para la existencia de la Ley de asociaciones, mal puede haberlo para la de partidos políticos. Respecto de éstos, el art. 6 CE contiene unas exigencias de respeto a la Constitución y a la ley, no mencionadas en su especificidad en el art. 22 CE, aunque en todo caso a éstas les afecta la previsión genérica en el mismo sentido del art. 9.1 CE, lo que justifica, en impecables términos constitucionales, la inclusión en el ordenamiento de una Ley que regule los partidos políticos.

La cuestión aquí planteada nos lleva necesariamente a la vexata quaestio de la definición de los partidos políticos, instituciones que si en su momento se desarrollaron frente al Estado en términos de contradicción y enfrentamiento, en la actualidad, con su reconocimiento y constitucionalización por el modelo de Estado democrático instaurado en Occidente tras la II Guerra Mundial, han incorporado a la estructura del ordenamiento, inevitablemente, una tensión característica que nace de su doble condición de instrumentos de actualización del derecho subjetivo de asociación, por un lado, y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro.

Con toda claridad quedó ya dicho en la STC 3/1981, de 2 de febrero, que "un partido es una forma particular de asociación", sin que el art. 22 CE excluya "las asociaciones que tengan una finalidad política" (FJ 1). En ello no se agota, sin embargo, su realidad, pues el art. 6 de la Constitución hace de ellos expresión del pluralismo político e instrumento fundamental para la participación política mediante su concurso a la formación y manifestación de la voluntad popular. Les confiere, pues, una serie de funciones de evidente relevancia constitucional, sin hacer de ellos, sin embargo, órganos del Estado o titulares del poder público. Los partidos políticos, en efecto, "no son órganos del Estado ... [y] la trascendencia política de sus funciones ... no altera su naturaleza [asociativa], aunque explica que respecto de ellos establezca la Constitución la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos" (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 3). Se trata, por tanto, de asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones; funciones que se resumen en su vocación de integrar, mediata o inmediatamente, los órganos titulares del poder público a través de los procesos electorales. No ejercen, pues, funciones públicas, sino que proveen al ejercicio de tales funciones por los órganos estatales; órganos que actualizan como voluntad del Estado la voluntad popular que los partidos han contribuido a conformar y manifestar mediante la integración de voluntades e intereses particulares en un régimen de pluralismo concurrente. Los partidos son, así, unas instituciones jurídico-políticas, elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático. Conformando y expresando la voluntad popular, los partidos contribuyen a la realidad de la participación política de los

ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23 CE), de la que ha de resultar un ordenamiento integrado por normas que si en su procedimiento formal de elaboración han de ajustarse a la racionalidad objetivada del Derecho positivo, en su contenido material se determinan por el juego de las mayorías que en cada momento respalden las diferentes opciones ideológicas y políticas, conformadas y aglutinadas por los partidos a través de la concurrencia de sus programas de gobierno en los distintos procesos electorales.

La naturaleza asociativa de los partidos políticos, con todo cuanto ello implica en términos de libertad para su creación y funcionamiento, garantizada en nuestro Derecho con la protección inherente a su reconocimiento como objeto de un derecho fundamental, se compadece de manera natural con los cometidos que a los partidos encomienda el art. 6 de la Constitución. En la medida en que el Estado democrático constituido en el art. 1.1 CE ha de basarse necesariamente en el valor del pluralismo, del que los partidos son expresión principalísima mediante la configuración de una verdadera voluntad popular llamada a traducirse en voluntad general, es evidente que la apertura del ordenamiento a cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la realidad social constituye un valor que sólo cabe proteger y propiciar. Para asegurar que aquella voluntad popular lo sea verdaderamente sólo puede operarse aquí desde el principio de libertad, impidiendo que al curso que lleva de la voluntad popular a la general del Estado le siga o se oponga, en movimiento de regreso, una intervención del poder público sobre aquélla que, con la desnaturalización de los partidos, pueda desvirtuarla en tanto que genuina voluntad del pueblo, titular de la soberanía (art. 1.2 CE).

La creación de partidos es, pues, libre (art. 6 CE), en los términos de la libertad garantizada, como derecho fundamental, por el art. 22 CE. En efecto, "la Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones, que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos. La disciplina constitucional en esta materia, tomada en su sustancia, se ha articulado sobre el reconocimiento de un derecho subjetivo público de los ciudadanos a constituir, bajo la forma jurídica de asociaciones, partidos políticos; con ello se reconoce y legitima la existencia de los partidos y se garantiza su existencia y su subsistencia. El partido, en su creación, en su organización y en su funcionamiento, se deja a la voluntad de los asociados fuera de cualquier control administrativo, sin perjuicio de la exigencia constitucional del cumplimiento de determinadas pautas en su estructura, actuación y fines" (STC 85/1986, de 25 de junio, FJ 2).

6. Los partidos políticos, sentado lo anterior, se cualifican, en tanto que asociaciones, por la relevancia constitucional de sus cometidos. Si éstos, como acaba de decirse, justifican el principio de libertad en cuanto a su constitución, explican también las condiciones específicas que el art. 6 CE les impone en relación al respeto a la Constitución y a la ley y a su estructura interna y funcionamiento. Su cualificación funcional no desvirtúa la naturaleza asociativa que está en la base de los partidos, pero eleva sobre ella una realidad institucional diversa y autónoma que, en tanto que instrumento para la participación política en los procesos de conformación de la voluntad del Estado, justifica la existencia de un régimen normativo también propio, habida cuenta de la especificidad de esas funciones. La relevancia constitucional de los partidos les viene dada por pretender un fin cualificado de interés público y de cuya aspiración se sirve el Estado para proveer a la integración de los procedimientos de formación de la voluntad general. La libertad característica de las asociaciones, y de la que los partidos también disfrutan, no puede ser para éstos tan omnímoda que a su amparo se desvirtúen como instrumentos para la consecución de sus fines constitucionales.

Como advierte el Abogado del Estado, concluir que los partidos sólo están sometidos a los límites del art. 22 CE sería tanto como admitir que las previsiones del art. 6 CE se

agotan en el contenido de una norma no sancionada, lo que es tanto como decir, simplemente, en una proposición no normativa. Otra cosa será que la concreta disciplina legal de los partidos, en lo que se aparte del régimen normativo de las asociaciones comunes, establezca límites conformes con el propio art. 6 de la Constitución. Límites entre los que no sólo figura, como afirma el Gobierno Vasco, el de la obligación de tener una estructura y un funcionamiento democráticos, sino también, y como cuestión previa, el de respetar los cometidos que ese precepto enumera como definidores de la condición de partido político. Que el constituyente haya descartado encomendar la garantía del respeto del art. 6 CE por parte de los partidos al Tribunal Constitucional (como ya recordamos en la STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 11) no significa, obviamente, que se haya descartado dicha garantía en sí; únicamente que su verificación ha de corresponder al Poder Judicial ordinario en tanto no se establezca otra cosa.

7. La diversificación de regímenes normativos entre una disciplina general para las asociaciones comunes (actualmente contenida en la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación) y otra específica para las asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de su función política (la referida hoy en la Ley impugnada y antes en la Ley 54/1978, de partidos políticos) es plenamente conforme con los arts. 6 y 22 CE. Por lo que hace a la disciplina normativa contenida en la nueva Ley de partidos, el Gobierno Vasco, fuera de la descalificación de la pretensión del legislador orgánico de establecer límites distintos de los establecidos en el art. 22 CE, no impugna en concreto ninguno de tales límites adicionales. Con carácter general alude sólo a la supuesta asunción por la Ley recurrida de un modelo de democracia militante, en virtud del cual se impondría como límite a los partidos la necesidad de comulgar con un determinado régimen o sistema político, más allá del respeto al texto constitucional.

El Gobierno recurrente fundamenta la afirmación anterior en las referencias contenidas en diversos apartados de los arts. 6, 9 y 10 LOPP a los "valores constitucionales expresados en los principios constitucionales y en los derechos humanos" (art. 9.1), a "los principios democráticos" (arts. 6 y 9.2), al "régimen de libertades" y al "sistema democrático" [arts. 9.2 y 10.2 c)] y al "orden constitucional" y a la "paz pública" [art. 9.2 c)]. Con independencia de que el sentido jurídico de esas referencias sólo puede alcanzarse en el contexto de la totalidad del precepto que en cada caso las contiene y de que, a su vez, el precepto en cuestión debe ser objeto de una interpretación integrada en el conjunto de la Ley y de todo el ordenamiento, ha de coincidirse con el Gobierno Vasco en que en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de "democracia militante" en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos. La Ley recurrida no acoge ese modelo de democracia. Ante todo, ya en la Exposición de Motivos parte de la base de la distinción entre ideas o fines proclamados por un partido, de un lado, y sus actividades, de otro, destacando que "los únicos fines explícitamente vetados son aquéllos que incurren en el ilícito penal", de suerte que "cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos". Y, en consecuencia con ello, en lo que ahora importa, la Ley contempla como causas de ilegalización, precisamente, "conductas", es decir, supuestos de actuación de partidos políticos que vulneran con su actividad, y no con los fines últimos recogidos en sus programas, las exigencias del art. 6 CE, que la Ley viene a concretar.

La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento. Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, algunos de los cuales se mencionan en los arts. 6 y 9 de la Ley impugnada. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios, y como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley recurrida, según acabamos de recordar, cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales. Hasta ese punto es cierta la afirmación de que "la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo" (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7).

El Gobierno Vasco no fundamenta sus afirmaciones con impugnaciones concretas de preceptos de la Ley recurrida que vengan a imponer a los partidos políticos limitaciones sustantivas en su ideario político. Las expresiones extraídas en su recurso de los arts. 6, 9 y 10 LOPP no convierten a los "principios democráticos", al "régimen de libertades" o al "orden constitucional" en canon autónomo de constitucionalidad de los partidos. En primer lugar, estos preceptos de la Ley recurrida se proyectan sobre la actividad de los partidos, no sobre sus fines. En segundo término, y sobre todo, es evidente que los principios y valores referidos por la Ley sólo pueden ser los proclamados por la Constitución, y su contenido y alcance vienen dados por el sentido que resulta de la interpretación integrada de los preceptos constitucionales positivos. Así, los "principios democráticos" no pueden ser, en nuestro ordenamiento, sino los del orden democrático que se desprende del entramado institucional y normativo de la Constitución, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable del modelo democrático que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

8. El segundo conjunto de consideraciones sustantivas ofrecidas por el Gobierno Vasco en apoyo de su recurso se agrupa bajo la afirmación de que la Ley Orgánica 6/2002 "constituye el ejercicio del ius puniendi del Estado", cuestionándose, en términos generales, la constitucionalidad de los arts. 9, 10, 11 y 12 de la Ley impugnada. En su opinión, la Ley añade una nueva sanción a la ya establecida en los arts. 515 y 529 del Código penal, vulnerando así el principio non bis in idem, tanto en su dimensión material como en la procesal, pues no se impide la sustanciación simultánea de dos procesos sancionadores. Por lo demás, y en aquello en lo que la Ley no se solapa con el Código penal, se sancionan también las actividades de quienes no comulguen con el concreto orden constitucional a cuyo servicio se consagra la Ley en términos de democracia militante, por lo que se vulnerarían los derechos fundamentales de libertad ideológica, participación, expresión e información. Finalmente, en cuanto el art. 9.3 excede el espacio cubierto por el Código Penal se incurriría en una vulneración del principio de proporcionalidad, al anudar a conductas que no constituyen ilícitos penales una sanción de disolución. En definitiva, añade, se crea una gran incertidumbre acerca de lo que es o no lícito, vulnerando las exigencias de previsibilidad.

Tanto el Abogado del Estado como el representante procesal del Senado rechazan este planteamiento. Ambos sostienen que la declaración de ilegalidad y la disolución de un partido en virtud de la Ley Orgánica 6/2002 no constituye ejercicio del ius puniendi en sentido propio y que no cabe, por tanto, infracción del principio non bis in idem. El Abogado del Estado sostiene que el recurrente utiliza un concepto excesivamente amplio de ius puniendi, hasta el extremo de confundirlo con toda consecuencia

jurídica desfavorable, y que su razonamiento prescinde de la circunstancia de que los partidos, destinatarios de la Ley, no pueden, en tanto que personas jurídicas, cometer delitos. El Senado, por su parte, subraya que la Ley recurrida no tipifica delitos, sino ilícitos constitucionales, lo que descarta de raíz cualquier solapamiento con el Código penal.

9. La primera de las vulneraciones constitucionales que se aducen en este bloque es la del principio non bis in idem. A este respecto cabe señalar que de vulneración de dicho principio, como extensamente se expone en nuestra STC 2/2003, de 16 de enero, sólo cabe hablar técnicamente cuando en concreto se produce un doble castigo de un mismo sujeto o se le somete a un doble procedimiento punitivo. De modo que, en el plano normativo, sólo puede hablarse de vulneración del bis in idem en un sentido impropio, cuando las normas enjuiciadas obliguen a imponer una doble sanción penal o equivalente por los mismos hechos o a tramitar un doble procedimiento punitivo contra una misma persona. Se podría argumentar que éste es, precisamente, el caso; pero el Gobierno Vasco no justifica que lo sea, limitándose, en este punto, a decir que no se impide la sustanciación simultánea de dos procesos sancionadores. Frente a lo que cabría oponer que tales procesos no se dirigen contra el mismo sujeto (pues en el caso de la Ley de partidos la demandada será una determinada organización política con absoluta independencia de las personas que la componen mientras que en los supuestos tipificados como delito en el Código penal los acusados serán personas físicas).

Bastaría lo anteriormente aducido para desestimar la infracción del principio non bis in idem que se esgrime contra los arts. 9, 10, 11 y 12 LOPP. Sin embargo, parece conveniente contestar a las demás alegaciones con las que el recurrente trata de fundamentar la vulneración del referido principio.

En la demanda se afirma que "hay una coincidencia, como mantenemos, no sólo en los hechos y en la respuesta punitiva entre ambas normas legales (el CP y la LOPP) sino, también, como es fácil concluir, en el bien jurídico protegido (los valores y principios constitucionales y en particular los derechos y libertades fundamentales)". Frente a tal afirmación ha de destacarse, en primer término, que no se analiza la identidad subjetiva. En segundo lugar, que la identidad de los hechos y del bien jurídico protegido de ningún modo impide que el ordenamiento pueda imponer consecuencias jurídicas diversas desde perspectivas distintas (SSTC 62/1984, 158/1985, 70/1989, 116/1989, 171/1994, 142/1995, 89/1997 y 278/2000) pues el principio non bis in idem solamente se proyecta cuando el mismo sujeto, por los mismos hechos y desde la misma perspectiva jurídica resulta penado por dos veces o sometido por dos veces a un procedimiento punitivo. Y esto es lo que cabe discutir aquí, pues, aunque en cierto sentido pudiera decirse que la disolución impuesta en la Ley de partidos es una sanción, no es, desde luego, una sanción penal.

El art. 9 de la Ley Orgánica 6/2002 establece, en sus apartados 2 y 3, los supuestos en los que "un partido político será declarado ilegal". El art. 10.2 de la Ley, por su parte, relaciona los casos en los que "la disolución judicial de un partido político será acordada por el órgano jurisdiccional competente". El Gobierno Vasco basa su impugnación en el presupuesto de que ambas medidas tienen carácter sancionador y sobre esa base alega una lesión del art. 25 CE. Es preciso recordar aquí que "los postulados del art. 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del ius puniendi del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador" (STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; en el mismo sentido, STC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4). La ilegalización y disolución de un partido político es, desde luego, una consecuencia jurídica gravosa para el partido mismo, para sus afiliados y, por extensión, también para sus simpatizantes y votantes. Ello no

las convierte, sin más, en medidas punitivas, pues en otro caso habría que conceder, como alega el Abogado del Estado, que toda consecuencia jurídica desfavorable o la simple denegación de un beneficio encerraría un componente sancionador.

Como señalamos en las SSTC 164/1995, de 13 de noviembre (FJ 3), y 276/2000, de 26 de noviembre (FJ 4), para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa (en el mismo sentido, ya la STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2). A lo que ha de añadirse que "hemos negado la existencia de una función retributiva porque las medidas impugnadas tenían la finalidad de constreñir a la [realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta] (STC 239/1988, FJ 2), perseguían la [simple aplicación] del [ordenamiento por parte de la Administración competente] (STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 4), o, en fin, tenían como único objetivo [restablecer la legalidad conculcada] (STC 119/1991, FJ 3)". No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad. Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente.

En el caso de los preceptos recurridos no se aprecia la concurrencia de un verdadero carácter de pena en la medida de disolución. Antes que a un fin propiamente retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones.

El control jurídico de esa vertiente definidora de la asociación como partido consistente en el respeto a las exigencias del ordenamiento jurídico democrático recogidas en el art. 6 CE ha de ser, por necesidad, un control a posteriori. De modo que, al faltar dichas exigencias y producirse una situación de quebranto del orden jurídico pluralista proclamado por la Constitución, se hace preciso restablecer la legalidad conculcada. No hay, por tanto, componente punitivo alguno. Estamos, pues, ante una sanción reparadora, que cabe incluir entre aquéllas a las que el propio Código penal niega el carácter de penas (art. 34), por lo que, tal y como anticipábamos, debemos desestimar las vulneración del principio non bis in idem.

10. Como hemos señalado anteriormente, el Gobierno Vasco impugna en segundo lugar algunos de los preceptos de los contenidos en los arts. 9, 10, 11 y 12 LOPP por entender que vulneran los derechos fundamentales de libertad ideológica, participación, expresión e información, en la medida en que consagran una "democracia militante". Esa impugnación se limita a las conductas que, a juicio del Gobierno Vasco, no son punibles y se basa en una interpretación aislada de algunos de los supuestos contenidos en el art. 9.3.

Tomando como ejemplo la impugnación de la conducta descrita en el art. 9.3 a), sostiene el Gobierno Vasco que "no habría dificultad en encajarla en el delito penal de apología, con la salvedad de las actuaciones implícitas (apoyo tácito)". En su opinión, la apología no puede expresarse ni de modo encubierto ni de forma implícita y, por tanto, la inclusión del apoyo tácito en el apartado a) del art. 9.3 de la Ley supone "una restricción ilegítima de la libertad ideológica, ya que no cabe extraer una consecuencia jurídica de un silencio, pues nadie está obligado a expresar sus ideas ni de forma coherente puede sufrir sanción por ejercer ese derecho". A lo que añade que "en ningún caso la no condena puede servir como forma de justificación, exculpación o legitimación de los atentados contra el régimen democrático de libertades".

Para responder a la impugnación planteada por el Gobierno Vasco ha de efectuarse previamente una descripción del sistema que constituyen los tres primeros números del art. 9 LOPP. En el primero se habla, no de ninguna clase de vinculación positiva, sino del simple respeto a los valores constitucionales, respeto que ha de guardarse por los partidos en su actividad y que es compatible con la más plena libertad ideológica. En el número 2 se subraya que un partido será declarado ilegal solamente "cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave", y a continuación se enumeran, en los apartados a), b) y c), los requisitos genéricos que ha de reunir la conducta de los partidos para poder fundamentar la declaración de ilegalidad.

Ha de admitirse, con el Gobierno Vasco, que, en efecto, al "vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual", tal como reza la letra a) del art. 9.2 LOPP, se realizan conductas que pueden tener encaje en preceptos como los arts. 515, 576 y 578 del Código penal. Y que lo mismo puede decirse de las descritas en las letras b) ("fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades públicas") y c) del propio art. 9.2 ("complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo a la intimidación generada por la misma").

Hay que admitir, con el recurrente, que la coincidencia entre el art. 9.2 y la ley penal no es absoluta; también hay que dejar sentado que en ningún momento se hace referencia a programas o ideologías sino a actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia. En consecuencia, no se abre ningún resquicio a la que se ha llamado "democracia militante" y no hay, por consiguiente, vulneración alguna de las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información.

En cuanto al número 3 del art. 9 LOPP, la defectuosa redacción de su encabezamiento puede hacer pensar que las conductas en él enumeradas se sobreañaden a las descritas en el número anterior y que, por lo tanto, han de ser interpretadas con independencia de ellas. Sin embargo, la interpretación sistemática de ambos preceptos y la de todo el artículo en el que se incardinan obliga a entender que en las conductas descritas en el número 3 del art. 9 han de concurrir los rasgos genéricos a que se refiere el número 2 del mismo precepto. Las conductas enumeradas en el art. 9.3 LOPP no son sino una especificación o concreción de los supuestos básicos de ilegalización que, en términos genéricos, enuncia el art. 9.2 de la propia Ley; de tal

manera que la interpretación y aplicación individualizada de tales conductas no puede realizarse sino con vinculación a los referidos supuestos contenidos en el art. 9.2.

Esto sentado, y sin que nos corresponda ahora determinar si la mera ausencia de condena puede ser o no entendida como apoyo implícito al terrorismo, lo cierto es que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulneración de la libertad de expresión.

Idénticas consideraciones son aplicables en el art. 9.3 d) LOPP, que así entendido deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto de colaboración con el terrorismo o la violencia. Ciertamente, la utilización de los instrumentos a que se refiere el precepto que examinamos comporta la emisión de un mensaje; pero, como dijimos en la STC 136/1999, de 20 de julio, "con todo, aun teniendo muy presentes estas cautelas, no puede negarse la posibilidad de que existan mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque anuden, explícita o implícitamente, pero de modo creíble, la producción de algún mal grave o la realización o no realización de determinada conducta por parte del destinatario. Este tipo de mensajes no queda amparado por las libertades de expresión o de información" (FJ 16).

Y lo mismo cabe decir, en general, respecto a la previsión contenida en la letra c) del art. 10.2 LOPP: "Cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el art. 9". También aquí es necesario señalar que el precepto se circunscribe a la actividad de los partidos políticos, sin extenderse a sus fines u objetivos programáticos. Por tanto, en los términos de este precepto, sólo incurre en causa de disolución el partido que, no en su ideología, sino en su actividad persiga efectiva y actualmente "deteriorar o destruir el régimen de libertades".

En conclusión, la interpretación sistemática del art. 9, entendiendo los supuestos del apartado 3 como especificaciones del género de conductas descritas en el apartado 2, permite descartar que, al configurar aquéllos como supuestos a partir de los cuales puede llegarse a la disolución de un partido político, se hayan vulnerado las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información.

11. El Gobierno Vasco impugna también los supuestos de posible ilegalización contemplados en el art. 9 LOPP desde la perspectiva de la proporcionalidad y, finalmente, desde la de la previsibilidad.

Invirtiendo el orden de la impugnación, la calificación de excesiva generalidad e imprevisibilidad que el Gobierno Vasco anuda específicamente a los supuestos contemplados en los apartados f) y g) del art. 9.3 queda, en buena parte, enervada desde el momento en que hemos dejado establecido que tales supuestos han de ser interpretados como especificaciones de alguno de los apartados a), b) o c) del art. 9.2.

Sin embargo, conviene precisar que la colaboración habitual con grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o apoyan el terrorismo, debe ser entendida como directamente referida a la específica colaboración con el terrorismo a la que se refiere el art. 9.3 f). De modo que lo que se describe como presupuesto de la ilegalización no es ninguna clase de ayuda genérica sino aquella específica dirigida a apoyar en concreto la colaboración con el terrorismo. Se trata, pues, de una especie de "complicidad en la complicidad" que no cabe duda de que puede incluirse en el marco del art. 9.2.

Precisado el apartado f) queda, a la vez, delimitado el campo de aplicación del g). El apoyo desde las instituciones a que se refiere el apartado g) es el apoyo específicamente dirigido a asociaciones que, directa o indirectamente, amparan el terrorismo o la violencia y, justamente, con el objetivo de reforzar esa actividad ilegítima. Sólo entendida así, la conducta descrita en el apartado g) puede inscribirse en el marco establecido por el art. 9.2.

Ciertamente, los supuestos comprendidos en el art. 9 LOPP no tienen el grado de concreción que resultaría de haberlos delimitado con términos puramente descriptivos. Como se dijo en la STC 136/1999, de 20 de julio, "nos encontramos ante una constante en lo que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista" (FJ 30). Dijimos entonces que la tutela frente al terrorismo comportaba un coste en la determinación de la conducta; pero, atendiendo a las consideraciones expuestas, ese coste no nos aboca a una situación en la que resulte imprevisible para los partidos calcular las consecuencias jurídicas de su conducta.

Por todo ello, interpretados los preceptos mencionados del modo expuesto, la impugnación del Gobierno Vasco debe desestimarse en este punto.

12. El Gobierno Vasco impugna los arts. 9 y 10 LOPP en virtud de la desproporción que a su juicio se produce, en los casos en que los supuestos contemplados en dichos preceptos no describan conductas constitutivas de delito al aplicar a los mismos, sin gradación alguna, la sanción de disolución. El Gobierno Vasco entiende que se trata de una medida desproporcionada, por cuanto no cabe modularla en función de la verdadera entidad de la causa eventualmente concurrente. En su opinión, la Ley no permite la imposición de una sanción proporcionada a las circunstancias del caso, siendo deseable que se hubieran establecido medidas disuasorias o preventivas, con una intensidad menor, para contribuir a evitar que el partido siga por una vía que, de persistir, podría conducir a su disolución.

El Gobierno Vasco admite la constitucionalidad de la disolución de un partido político en los casos previstos en el art. 10.2 a), es decir, cuando "incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código penal". Y nada objeta tampoco a los previstos en la letra b) de dicho art. 10.2 ("cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave, la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos conforme a lo previsto en los arts. 7 y 8 de la presente Ley Orgánica").

El Gobierno Vasco limita, pues, su impugnación a aquellos supuestos en que la conducta descrita en la Ley Orgánica de partidos políticos no pueda incardinarse en ninguno de los incisos del art. 10.2, anteriormente reseñados. "Respecto a los bienes o intereses que el precepto examinado pretende proteger", dice la representación procesal del Gobierno Vasco, que "no cabe duda de que, tienen suficiente entidad como para que se justifique una restricción al derecho de asociación en la vertiente de asociación política para la constitución de partidos políticos". Y a continuación añade que "en este punto, como señala la STC 136/1999 (FJ 27) haciéndose eco de otra anterior □el terrorismo constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional democrático, por lo que ha de admitirse que cualquier acto de apoyo al mismo comporta una lesión, al menos potencial para bienes jurídicos individuales y colectivos de enorme entidad□ (STC 199/1987, FJ 4)".

Pero el problema para el Gobierno Vasco no es tanto el que dichas conductas merezcan una reacción por parte del Estado, sino la ausencia de necesidad y la

desproporción que representa anudar la disolución de un partido a conductas que ni siquiera tienen entidad delictiva, sin haber previsto ninguna sanción menos gravosa.

A esa objeción cabe responder, en primer término, señalando, de una parte, que ninguna de las conductas descritas en el art. 9 LOPP determina aisladamente la disolución: para que ésta pueda tener lugar, es preciso que sean realizadas "de forma reiterada y grave" como precisa el encabezamiento del art. 9.2. En segundo lugar, que la existencia de un partido que con su actividad colabore o apoye la violencia terrorista, pone en peligro la subsistencia del orden pluralista proclamado por la Constitución; y, frente a ese peligro, no parece que pueda aplicarse otra sanción reparadora del orden jurídico perturbado que la disolución. Por último, ha de destacarse que el art. 6 CE contiene una configuración constitucional de partido: en la Constitución, un partido, para merecer la condición de tal, ha de poder ser expresión del pluralismo político y, por lo tanto, no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca al pluralismo, poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que si bien el margen de apreciación de los Estados debe ser escaso en materia de disolución de partidos políticos, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos, que es inherente a la democracia, está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro [STEDH, de 31 de julio de 2001, caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) contra Turquía].

Por lo demás, a la gravedad de la medida de disolución se hace corresponder, como destacan el Abogado del Estado y el Senado, una evidente exigencia de rigor en la entidad de las causas desencadenantes de su adopción. Así, como acabamos de señalar, no basta la realización de uno solo de los comportamientos descritos en la Ley. Se exige, por el contrario, que se realicen "de forma reiterada y grave" (art. 9.2) o por "repetición o acumulación" (art. 9.3). Y las conductas cuya reiteración o acumulación se exige abundan en la idea de gravedad y continuidad en el tiempo. El art. 9.2 a) habla de "vulnerar sistemáticamente"; ni siquiera, pues, de vulneraciones reiteradas, sino de infracciones desarrolladas por sistema. El art. 9.3 c) se refiere a la acción de "incluir regularmente" en los órganos directivos y listas electorales a personas condenadas por delitos de terrorismo, siendo también aquí clara la idea de comportamientos dilatados en el tiempo y en línea de continuidad. Se describen, en definitiva, conductas de singular gravedad y se concede relevancia, a efectos de erigirlas en causas de disolución, a las que evidencien una decidida incompatibilidad con los medios pacíficos y legales inherentes a los procesos de participación política para los que la Constitución demanda el concurso cualificado de los partidos políticos. Todo ello verificable y comprobable en un proceso judicial en el que quienes promuevan la disolución deberán probar suficientemente que el partido afectado realiza las conductas descritas en la Ley y que lo hace en términos que demuestran que no es acreedor a la condición de partido político. Se respetan, en definitiva, los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de disolución de partidos políticos (SSTEDH de 30 de enero de 1998, Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía; 25 de mayo de 1998, Partido Socialista contra Turquía; 8 de diciembre de 1999, Partido de la Libertad y la Democracia contra Turquía; 31 de julio de 2001 y 13 de febrero de 2003, partido de la Prosperidad contra Turquía; 9 de abril de 2002, Yazar y otros contra Turquía; 10 de diciembre de 2002, DEP contra Turquía), que exige como condición de su ajuste al Convenio: a) la previsión por ley de los supuestos y causas de disolución (que, obviamente, se cumple por las normas impugnadas, incluidas en una ley formal; b) la legitimidad del fin perseguido (que, como queda dicho, en el caso examinado es la garantía de los procesos democráticos de participación política mediante la exclusión como partido de aquel ente asociativo que no se ajuste a las exigencias que respecto a la actividad, dimanen de la concepción constitucional del partido político); y, c) el carácter necesario de la disolución en una sociedad democrática (acreditado por el examen precedente de las concretas causas de disolución establecidas en la Ley).

13. En concreto, el Gobierno Vasco impugna, desde la perspectiva de la desproporción, entre otros preceptos ya analizados, el apartado c) del número 3 del art. 9 LOPP, esto es, la inclusión en los órganos directivos o listas electorales de personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión.

Antes de responder a las alegaciones del recurrente sobre este punto, que se refieren, no sólo a la proporcionalidad, sino también a la vulneración de los derechos de libertad de expresión y de asociación, es preciso interpretar el precepto de conformidad con la Constitución.

De una parte, la referencia a las personas condenadas por delitos de terrorismo, por las razones que señala el Gobierno Vasco, ha de entenderse que alcanza sólo a aquellos condenados que no hayan obtenido su rehabilitación; y, de otra, la alusión a los fines terroristas ha de entenderse ceñida sólo a los fines inmediatos de perturbar la paz, generalizar el miedo, etc. y no a la ideología del partido.

Esto sentado, ha de afirmarse también que la realización del supuesto debe comportar una actuación instrumental que sirva a la realización de alguna o algunas de las conductas descritas en el art. 9.2.

Frente a lo afirmado por el Gobierno Vasco, el precepto no perpetúa, pues, los efectos de las sanciones penales ni establece una causa de inelegibilidad no prevista en la Ley Electoral, con infracción del art. 70.1 CE. La Ley impugnada no priva del derecho de sufragio pasivo a quien haya sido condenado por delito de terrorismo. Simplemente permite que la circunstancia de que un partido incluya regularmente en sus listas electorales a personas condenadas por ese concepto (y cuya elegibilidad dependerá de lo dispuesto en la legislación electoral) pueda ser valorada, en el correspondiente proceso, como acreditativa de que con su actividad el partido "[vulnera] los principios democráticos" (art. 9.2 LOPP). La utilización de penados por terrorismo incluyéndolos de manera regular en puestos directivos y en listas electorales, puede suponer la expresión de solidaridad con los métodos del terror que no se coherente con las exigencias que la CE impone a un partido político. Por su parte, la previsión de que esa circunstancia sólo puede valorarse si los penados no han "rechazado públicamente los fines y los medios terroristas" no puede interpretarse como la obligación de realizar una retractación de sus actividades pasadas. El precepto sólo tiene proyección hacia el futuro y en relación con el partido político en el que los penados se integren como directivos o candidatos, convirtiendo en causa de disolución el empleo de forma regular de personas de las que quepa presumir, fundadamente, una afinidad con los métodos del terror, no con las ideas y programas que, eventualmente, puedan también perseguir organizaciones terroristas. Se juzga, debe insistirse en ello, a partir de una trayectoria de conjunto dilatada en el tiempo y materializada, mediante la reiteración de esta concreta conducta, en la convicción, alcanzada en un proceso judicial, de que el partido que así actúa vulnera la legalidad en términos incompatibles con la continuidad de su reconocimiento como partido.

Lo mismo ha de decirse en relación con la doble militancia, que ha de afectar a "un amplio número de sus afiliados". Obviamente, el partido debe conocer esa circunstancia. Pero, de conocerla, y con el objeto de disipar toda sospecha de connivencia con los métodos terroristas, fácilmente deducible del hecho de que un número significativo de sus afiliados estén integrados en organizaciones terroristas, se le exige que demuestre una clara voluntad de distanciamiento mediante la adopción de medidas tendentes a la expulsión de esos afiliados. Ello no supone, contra lo que sostiene el Gobierno Vasco, injerencia en el ámbito de organización interna del

partido, sino acudir al único expediente capaz de acreditar, desde el partido, que éste no permite que sus miembros militen en grupos violentos.

En consecuencia, las consideraciones generales antes expuestas son enteramente aplicables al supuesto analizado, por lo que el precepto, interpretado en los términos expuestos, no vulnera ninguna de las libertades a que hace referencia el Gobierno Vasco ni la medida de disolución que pudiera acarrear resulta desproporcionada.

14. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco fundamenta también la impugnación de determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2002 en el razonamiento de que convierten a la nueva Ley de partidos en una ley de carácter singular. Los preceptos así impugnados son el art. 9 ("Actividad") y los contenidos en el Capítulo III ("De la disolución o suspensión judicial de los partidos políticos") y en la disposición transitoria única. Para el Gobierno Vasco, la Ley Orgánica 6/2002 respeta formalmente el principio de generalidad de la ley, pero es claro que, desde el punto de vista material, se ha concebido para perseguir una determinada formación política, única a la que, en realidad, resultaría aplicable. Prueba de la carencia de una voluntad reguladora general se encontraría, en opinión del recurrente, en la disciplina del fraude de ley contenida en su art. 12.3 y en la disposición transitoria única, claramente lesiva del principio de irretroactividad proclamado en el art. 9.3 de la Constitución. También harían de la Ley una norma singular sus especialidades procesales, tanto en lo que se refiere al Tribunal competente como a la legitimación para instar el proceso de disolución, pasando por el régimen excepcional que se introduce en el sistema de recursos de la Ley Orgánica de régimen electoral general. El Abogado del Estado y el representante procesal del Senado rechazan la calificación de la Ley impugnada como norma singular. Ambos coinciden en que la Ley Orgánica 6/2002 regula con carácter general el régimen jurídico de los partidos políticos y que su aplicación no se agota en una determinada formación política. No se quebraría con ella ninguna reserva de jurisdicción ni sus previsiones sobre el fraude de ley redundarían en una naturaleza singular. Por último, las especialidades procesales de la Ley se habrían sustanciado en preceptos que no han sido recurridos o a los que, en otro caso, se les oponen objeciones que carecen de todo relieve constitucional.

Hemos definido las denominadas "leyes singulares" o "leyes de caso único" como "aquéllas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro" (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10; en el mismo sentido, ATC 291/1997, de 22 de julio). Pues bien: la Ley impugnada no sólo es general formalmente por el modo en que se halla formulada; sino que también lo es materialmente, en tanto contempla, en abstracto, una serie de conductas cuya realización en forma "reiterada y grave" podría determinar la disolución de cualquier partido presente o futuro. La Ley Orgánica 6/2002 no es el resultado de un ejercicio excepcional de la potestad legislativa del Estado, como sostiene el Gobierno Vasco, sino que su generalidad y abstracción hacen de ella expresión de un ejercicio correcto y normal de la función normativa.

En efecto, la Ley Orgánica 6/2002 es una Ley de partidos políticos, en la que se disciplina y regula con perfecta abstracción y generalidad cuanto afecta al régimen jurídico de estas singulares asociaciones, con la salvedad de las cuestiones relativas a su financiación y control contable, que la propia Ley Orgánica remite, en su art. 13, a lo previsto en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, y a la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento de dicho Tribunal. En este sentido, la Ley Orgánica recurrida constituye la primera regulación jurídica de ese régimen general dictada tras la entrada en vigor de la Constitución, y deroga la anterior Ley de partidos (Ley 54/1978, de 4 de diciembre) y los preceptos vigentes de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el derecho de asociación política. Estas Leyes

preconstitucionales fueron fruto de su tiempo, que fue el de la transición de un Estado no constitucional y de partido único a un Estado constitucional y democrático de Derecho basado en el valor del pluralismo, del que los partidos políticos son expresión significada. Se explica así la parquedad de aquellas regulaciones y, sobre todo, su especial atención al momento de la creación e inscripción registral de los partidos. También la Ley impugnada responde a las necesidades del tiempo en que se ha dictado, que no es ya el del establecimiento e incipiente consolidación de los partidos políticos, sino el de la garantía del régimen plural de partidos frente a los grupos y asociaciones que pretendan desvirtuarlo con la utilización de medios violentos y al margen de la legalidad.

La maduración constitucional, tras las primeras etapas del Estado instaurado con la Constitución, ha permitido que la nueva Ley de partidos desarrolle en mayor detalle las cuestiones del régimen general de los partidos políticos referidas a su creación, organización, estructura y funcionamiento. Pero, como reconoce el Abogado del Estado, "no cabe negar, puesto que es notorio", que la configuración de buena parte del art. 9 "se ha hecho teniendo en cuenta la trayectoria y actividad de un notorio partido político vasco, que ha dado lugar al primer supuesto de aplicación del procedimiento del art. 11 LOPP, en trámite cuando estas líneas se escriben". Ello, sin embargo, no abona la calificación de la Ley como una ley de caso único. La percepción por el legislador orgánico de que una formación política determinada puede ser contraria, en su actividad y con sus comportamientos, al modelo de partido que tiene encaje y cobertura en la Constitución puede perfectamente erigirse en occasio para la adopción de una ley como la recurrida, pero lo que determinará su constitucionalidad o inconstitucionalidad no será el acierto de esa percepción circunstancial, sino el alcance objetivo de la ley finalmente adoptada, cuya ratio no se limita a reflejar las inquietudes de la ocasión, sino que se acomoda a la racionalidad objetivada del ordenamiento constitucional.

El examen del art. 9 LOPP arroja una conclusión contraria a la defendida por el recurrente. Los comportamientos y actividades descritos en sus apartados 2 y 3 podrán, en su caso, por su generalidad y abstracción, proyectarse sobre cualquier partido, cualesquiera que fueren sus fines, aspiraciones o ideologías. Y ello porque, según hemos dicho en fundamentos anteriores, el precepto no atiende a fines, sino a la actividad antidemocrática desplegada para alcanzar los que libremente se haya marcado un partido pero al margen de los procedimientos legalmente instaurados. Se contempla, pues, el caso del partido político que con su actividad demuestra no ser el instrumento de participación a que se refiere el art. 6 CE. Lo determinante no es el fin, sino, precisamente, la conducta contraria a las reglas del juego democrático. A la generalidad y abstracción de la Ley se corresponde la previsión de un procedimiento judicial en el que habrá de concretarse la efectiva concurrencia de las causas de disolución descritas en aquellos términos. No hay, pues, nada parecido a una asunción de funciones jurisdiccionales por parte del legislativo, pues la norma adoptada por este último exige una aplicación individualizada que la Ley misma confía al Poder Judicial ordinario. Los órganos judiciales no quedan convertidos en meros ejecutores de una decisión legislativamente acordada en todos sus extremos, sino que, en ejercicio de la función jurisdiccional que la Constitución les confía, sólo reciben del legislador los márgenes normativos en los que han de fundar una decisión que sólo a ellos cumple concretar a partir de lo acreditado en un proceso con todas las garantías.

15. El Gobierno Vasco advierte una evidencia del carácter singular de la Ley en las previsiones de su art. 12, que regula los efectos de la disolución judicial de los partidos y en su apartado 3 dispone que "corresponderá a la Sala sentenciadora, previa audiencia de los interesados, declarar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto a la que se refiere el párrafo b) del apartado 1", estableciendo a continuación los elementos que han de tenerse en cuenta para apreciar la similitud entre el partido disuelto y el que pretende sucederle. Por su lado, el aludido apartado 1 b) del propio art. 12 LOPP dispone que "los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación

de ésta. Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal o disuelto". Desde luego ha de coincidirse con el Abogado del Estado en su observación de que no es fácil aprehender la razón por la que se afirma que estas previsiones acreditan la falta de vocación reguladora de la Ley. Al margen de su mayor o menor fortuna en términos de técnica legislativa, y con independencia de que el instituto del fraude de ley desplegaría todos sus efectos sin necesidad de una referencia expresa, lo cierto es que el art. 12.3 LOPP atiende al caso de un partido ya disuelto en aplicación de la Ley misma y cuya continuidad fraudulenta a través de otra formación se pretende evitar mediante la adopción de las correspondientes medidas en sede judicial. Nada puede oponerse a todo ello en términos de generalidad y abstracción, pues la previsión examinada es aplicable a cualquier supuesto de disolución de cualquier partido, sin agotarse, por tanto, en un caso singular e irrepitable.

16. La disposición transitoria única, 1, establece que los partidos políticos inscritos en el Registro del Ministerio del Interior a la fecha de entrada en vigor de la Ley quedarán sujetos a la misma. Es en el apartado 2 donde el Gobierno Vasco denuncia un vicio de inconstitucionalidad por infracción del principio de irretroactividad (art. 9.3 CE). Con arreglo a ese apartado, a los efectos de aplicación del art. 9.4 LOPP (que relaciona los elementos utilizables para apreciar y valorar las actividades que pueden dar lugar a la disolución de un partido político) se considerará fraude de ley "la constitución, en fecha inmediatamente anterior o posterior a dicha entrada en vigor, de un partido político que continúe o suceda la actividad de otro, realizada con la intención de evitar la aplicación a éste de las disposiciones de esta Ley". La redacción del precepto no merece un juicio de inconstitucionalidad, pues queda claro que lo perseguido, en todo caso, es permitir la aplicación del art. 9.4 LOPP "a las actividades realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica", tal y como advierte la propia Disposición recurrida. Es decir, en ningún supuesto se prevé el enjuiciamiento de actividades y conductas anteriores a la Ley Orgánica 6/2002, de suerte que la Ley considera relevantes únicamente las posteriores a su entrada en vigor.

Con otras palabras, por disposición expresa de la Ley, la totalidad del presupuesto que determina la disolución ha de llevarse a cabo bajo su vigencia. Tanto las actividades aisladamente consideradas como "la continuidad y repetición" a las que se refiere el art. 9.4 al que remite la disposición transitoria son posteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002. Y otra cosa es que, a efectos de determinar la significación de tales actividades y valorar su relevancia en el conjunto de la conducta del partido de que se trate (y exclusivamente a esos efectos, pues tener en cuenta la conducta anterior a la entrada en vigor de la Ley como base de la ilegalización sería inconstitucional por incurrir en la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE), pueda tomarse en consideración lo que la Ley llama "trayectoria" (art. 9.4 LOPP), que puede comprender comportamientos producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley; pero, eso no comporta ninguna clase de retroactividad prohibida por la Constitución.

Sentado lo anterior, en una primera lectura, el significado de la disposición transitoria única sería el de establecer una presunción de fraude ligada a la constitución de un partido político de cobertura en fechas inmediatamente anteriores o posteriores a la entrada en vigor de la Ley. Ese significado aparente podría pugnar con exigencias constitucionales, máxime en la medida en que se hallase ligado a la realización de actos anteriores a la tan repetida entrada en vigor. Sin embargo, desde el momento en que en el último inciso del precepto se dejan a la apreciación libre del Tribunal tanto el hecho de que un partido sea o no continuador o sucesor de otro cuanto la existencia o inexistencia de intención de defraudar, puede descartarse cualquier interpretación del mismo en términos de presunción de fraude. Así entendido, el precepto subraya que, si un partido continúa o sucede a otro, la trayectoria del sucedido, apreciado judicialmente el fraude, puede utilizarse también para determinar y valorar el sentido

de los actos realizados después de la entrada en vigor de la Ley. En tales términos no es contrario a la Constitución.

17. Por lo que hace a las especialidades procesales de la Ley recurrida, no es de apreciar en ellas nada de lo que resulte algún fundamento para el pretendido carácter singular de su normativa. La disolución judicial de los partidos políticos que eventualmente incurran en las causas establecidas, de manera general y abstracta, en la Ley Orgánica 6/2002 será acordada, en todo caso, "por el órgano jurisdiccional competente" (art. 10.2 LOPP), respetándose así el mandato contenido en el art. 22.4 CE, en cuya virtud las asociaciones sólo pueden ser disueltas mediante resolución judicial motivada. Que, de entre los que integran el Poder Judicial, el órgano judicial competente, fuera de los supuestos de la disolución por asociación penalmente ilícita, sea la Sala prevista en el art. 61 LOPJ tampoco convierte a la Ley en singular. Se trata de un órgano judicial ya existente al que, por medio de la correspondiente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se le ha dotado de esa nueva competencia, con carácter general y para el futuro. Se cumplen, pues, todas las condiciones para dar por suficientemente respetada la garantía del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, pues ya "desde nuestra STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, venimos reiterando que el mencionado derecho constitucional exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, además que ésta le haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho o actuación determinantes del proceso y, finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional" (STC 120/2001, de 4 de junio, FJ 2).

El hecho de que la legitimación para instar el procedimiento de disolución se confíe de forma exclusiva al Ministerio Fiscal y al Gobierno podrá haber merecido la atención de la opinión pública, como alega el recurrente, pero el recurso no ofrece razones que abunden en su inconstitucionalidad. El Gobierno Vasco afirma que con ese dato se constata "que estamos ante un aspecto de la LOPP que carece de antecedentes", pero se deberá conceder que la originalidad o la primicia nada tienen que ver, por sí solas, con la singularidad normativa en sentido técnico, de la que en nada se acredita que adolezca la Ley. Y lo mismo ha de decirse en relación con la denuncia de que la Ley "configura un nuevo tipo de relación institucional entre poderes" al prever que el Congreso y el Senado podrán instar al Gobierno a formalizar la solicitud de ilegalización; en realidad, lo anterior es escasamente novedoso en un sistema parlamentario, donde las Cámaras tienen, por definición, una posición preeminente sobre el poder ejecutivo, del que suelen requerir actuaciones e iniciativas en el ámbito de sus competencias, mediante el ejercicio de las facultades parlamentarias de iniciativa y de control. Finalmente se alega, en el marco de la pretendida singularidad de la Ley, la especificidad consistente en el establecimiento de un régimen singular de recursos contra la proclamación de candidaturas, según lo dispuesto en la disposición adicional segunda LOPP. Pues bien, tal modificación tiene un inequívoco carácter general, en cuanto es aplicable a todos los supuestos en los que, en el futuro, puedan concurrir las previsiones de la nueva norma, referidas a las agrupaciones de electores que vengan a continuar la actividad de un partido político disuelto por resolución judicial.

18. El recurso del Gobierno Vasco impugna varios preceptos de la Ley Orgánica 6/2002 por la supuesta infracción del contenido del derecho de asociación garantizado por el art. 22 CE, precepto que, para el demandante, conforma el núcleo básico del régimen constitucional de los partidos. En su opinión, el art. 1 LOPP sería inconstitucional por limitar a los españoles el derecho de crear partidos políticos, pues se discrimina así a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, que, siendo titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y europeas, se ven privados, injustificadamente, de un derecho que se reserva a quienes, en esos comicios, son sus iguales. Con carácter más general, se discriminaría también a todos los extranjeros, y no sólo a los nacionales de la Unión, ya que el art. 2 LODA extiende a todos el derecho de crear asociaciones y nada justifica que la Ley

recurrida se separe en ese punto de lo dispuesto en la legislación común. El Abogado del Estado alega de contrario que la justificación de la diferencia de trato se encuentra en el art. 13 de la Constitución, que reserva a los españoles los derechos del art. 23 CE, con la posible excepción de las elecciones municipales y europeas. Por lo demás, a los extranjeros se les reconocen la libre afiliación y los derechos propios de todo afiliado, lo que, unido a su capacidad para presentarse como candidatos de agrupaciones de electores, asegura suficientemente su derecho de sufragio. En parecidos términos, el representante procesal del Senado insiste en la legitimidad de la Ley Orgánica de partidos políticos como ley especial frente al régimen común de la Ley Orgánica reguladora del derecho de asociación, siendo aquélla la Ley a la que remite el art. 13.1 CE a efectos de la configuración de los derechos de los extranjeros.

La cuestión relativa a la legitimación constitucional de un régimen jurídico propio y privativo de los partidos políticos, articulado a través de una legislación especial y separada de la que es común al género de las asociaciones, ha quedado ya resuelta en fundamentos precedentes. Se impone ahora determinar si la Constitución permite limitar a los españoles el derecho de crear partidos políticos. Como alega el Gobierno Vasco, el art. 2.2 LODA reconoce a "todas las personas" el derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, asumiendo así el legislador orgánico la doctrina que sobre el particular ya quedó sentada en la STC 115/1987, de 7 de julio. Las razones que abonan esa generalización del derecho cuando de asociaciones comunes se trata no concurren, sin embargo, en el caso de los partidos políticos, precisamente en razón de cuanto hace de éstos unas asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones. En efecto, los partidos políticos son instrumento privilegiado de participación política, actividad ésta cuyo ejercicio se constituye en un derecho que, garantizado por el art. 23 CE, tiene por titulares únicamente a los españoles (art. 13.2 CE). Ciertamente, el propio art. 13.2 CE hace a renglón seguido la salvedad de que para determinados comicios puede reconocerse, en ciertas condiciones, el derecho de sufragio a los extranjeros. Pero ello no desvirtúa el hecho de que con esa salvedad se excepciona lo que constituye un principio, a saber, que la participación en los asuntos públicos atañe únicamente a los nacionales españoles, por cuanto con esa actividad se provee a la integración de órganos representativos que "ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía" (Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3.c).

Por tanto, y desde la perspectiva constitucional que nos es propia, no puede merecer reproche que el legislador orgánico haya reservado a los españoles el derecho de crear partidos políticos. Ahora bien, dado que esa reserva debe cohonestarse con el derecho de participación política de los extranjeros cuando, por cualquier fuente idónea a dicho fin, se les reconozca el derecho de sufragio, tanto activo como pasivo, la señalada restricción ha de ser interpretada en sus estrictos términos. En consecuencia, dicha restricción no puede afectar al derecho de los extranjeros a afiliarse a los partidos políticos ya constituidos, ni traducirse en ninguna limitación de los derechos derivados de la afiliación, según se deduce de los arts. 1.2 y 8.1 de la misma Ley recurrida.

19. El Gobierno Vasco impugna igualmente el último inciso del art. 2.1 LOPP, en cuya virtud no pueden ser promotores de un partido político quienes "hayan sido penalmente condenados por asociación ilícita o por alguno de los delitos graves previstos en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal". En su opinión, se impone una pena accesoria ex lege, lo que no tendría fácil acomodo en el art. 25 CE y, en todo caso, sería contrario al principio de proporcionalidad, pues no se atiende a la distinta entidad de los diferentes delitos contemplados en los Títulos del Código penal a los que se remite el precepto y se restringe gravemente el derecho fundamental de asociación. El Abogado del Estado sostiene que el precepto establece una causa de incapacidad especial, no una pena, y sólo en tanto no haya rehabilitación judicial, por lo que en nada se vería afectado el art. 25 CE. Tampoco habría, en su criterio, una lesión del principio de proporcionalidad, pues los delitos incapacitantes justifican que

se impida promover la creación de un partido a quien ha sido recientemente condenado por la comisión de graves delitos relacionados con la actividad política. Por último, el Senado entiende que el precepto dispone el mantenimiento de los efectos de la pena de inhabilitación absoluta o especial vinculada a los delitos de terrorismo, en tanto no haya rehabilitación y por razón de la gravedad del ilícito, lo que representa una justificación suficiente.

La prohibición impugnada no es, en puridad, una pena o sanción añadida a las impuestas por la comisión de los delitos reseñados, sino, como todas las que integran el art. 2.1 LOPP, un requisito de capacidad. En términos positivos, quienes se encuentren en la situación descrita en el precepto estarán incurso en una causa de incapacidad especial que sólo dejará de afectarles cuando "hayan sido judicialmente rehabilitados". En tanto que requisito de capacidad para promover un partido político, la circunstancia de haber sido condenado, y aún no rehabilitado, por la comisión de los delitos graves previstos en los Títulos XXI a XXIV del Código penal no resulta exorbitante en términos de respeto al principio de proporcionalidad. No ya porque, no siendo una sanción, quede de entrada al margen la lógica de ese principio, sino porque ni siquiera desde esa perspectiva resulta injustificable que se incapacite para promover un partido político a quien ha sido condenado (y condenado sin haber alcanzado la rehabilitación judicial) por los delitos graves (y sólo por los delitos graves del art. 13.1 CP) tipificados en aquellos Títulos, todos relacionados con la actividad política y acreditativos de una identificación con la violencia y un desprecio por los procedimientos legalmente establecidos que justificadamente anticipan la defensa del orden constituido mediante la prohibición de que cree un instrumento cualificado de participación en la vida pública quien todavía no ha expiado por entero la condena impuesta por haber atentado contra la pacífica convivencia en que aquélla debe desenvolverse. Y ello sin que pueda perderse de vista la circunstancia de que el así incapacitado no se ve privado de todas las variantes que integran el contenido de su derecho de participación política, pues la Ley recurrida no le impide la afiliación a un partido ya constituido ni coarta en ningún sentido su derecho de sufragio, de manera que, atendidos su alcance y su sentido, la previsión legal no resulta desproporcionada.

20. El Gobierno Vasco impugna el régimen de constitución e inscripción registral de partidos establecido por la Ley Orgánica 6/2002. En primer lugar, el hecho de que la inscripción tenga carácter constitutivo (art. 3.2), lo que contradice al art. 22.3 CE, que sólo contempla la inscripción a efectos de publicidad, y supone una nueva e injustificada divergencia frente a las previsiones de la LODA. El carácter constitutivo de la inscripción "contaminaría" también, en la opinión del recurrente, otras previsiones de la Ley impugnada, en concreto las referidas a la intervención de la Administración en el procedimiento de inscripción, a la que se dispensa una posición privilegiada en el incidente de ejecución previsto en el art. 12.3 LOPP y que, en todo caso, puede entorpecer el proceso de adquisición de personalidad jurídica por el partido y con ello dificultar gravemente el ejercicio del derecho de asociación. Opone a ello el Abogado del Estado que sería compatible con el art. 22 CE que en su desarrollo se dispusiera que no todas las asociaciones tienen personalidad jurídica, admitiendo ese precepto constitucional muy diversos regímenes de adquisición, en su caso, de la personalidad jurídica. La inscripción registral establecida en la Ley impugnada se ajusta a la doctrina sentada desde la STC 3/1981, de 2 de febrero, pues está rigurosamente reglada, de manera que la adquisición de la personalidad jurídica por el partido no está sometida a restricciones incompatibles con el art. 22 CE, sino condicionada en términos concordes con la naturaleza de los partidos políticos y al servicio de la protección de terceros. Por lo demás, la intervención de la Administración en el procedimiento de inscripción y en el incidente de ejecución del art. 12.3 LOPP se ajustaría perfectamente, en su opinión, a la doctrina constitucional establecida en la STC 3/1981. El representante del Senado, finalmente, insiste en la equivocada equivalencia entre asociaciones y partidos sobre la que descansa la impugnación del Gobierno Vasco. Para la Cámara, la Ley impugnada es la ley de desarrollo del derecho de partidos y el sistema registral en ella regulado es el que en su día fue validado por este Tribunal al enjuiciar la Ley 54/1978.

Por lo que respecta a la supuesta contradicción entre el art. 22.3 CE, que dispone que la inscripción de las asociaciones en el registro tendrá lugar "a los solos efectos de la publicidad" y el art. 3.2 LOPP que liga a dicha inscripción la adquisición de personalidad jurídica por parte de los partidos, hemos de partir de la idea de que la ratio de la prohibición de que el registro sirva a otros efectos que los de la publicidad reside en la tutela de la libertad de creación de asociaciones y partidos, con la que ninguna relación guarda el hecho de que se adquiera o no la personalidad jurídica. Por lo tanto, el legislador es libre de asociar o no el nacimiento de la personalidad jurídica a la inscripción en el registro sin que del art. 22.3 derive ningún impedimento para ello.

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el art. 6 CE proclama el principio de libre creación de partidos políticos. En cuanto acto de constitución de un ente asociativo, la creación o constitución del partido político ha de hallarse libre de toda traba u obstáculo que impida o dificulte de cualquier modo el mandato constitucional referido. Se trata con ello de evitar que los Poderes Públicos ejerzan control material alguno que suponga reconocimiento o legalización de la formación política que trata de constituirse al amparo de los arts. 6 y 22 CE. El principio constitucional de libre creación de partidos políticos veda, pues, cualquier injerencia de las autoridades administrativas que lo menoscabe o elimine.

Pues bien, se trata de determinar si, al establecer el art. 3.2 LOPP que "Los partidos políticos adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos", la Ley impugnada lleva a cabo un control material que suponga injerencia en el principio de libertad de creación de los partidos políticos y, con ello, vulneración del art. 6 CE.

Ha de reconocerse que la personalidad jurídica del partido político que ha sido constituido mediante el acta fundacional (art. 3.1 LOPP) no se obtiene sino mediante el acto de inscripción en el mencionado Registro, bien producido de forma expresa, bien por el transcurso de veinte días sin acuerdo de suspensión de este plazo (art. 4.3 LOPP).

Ahora bien, el régimen diseñado por la Ley Orgánica 6/2002 en este concreto aspecto, en cuanto supedita la adquisición de personalidad jurídica del partido político a la previa inscripción en el Registro del Ministerio del Interior, no implica per se que haya de considerarse como un acto de injerencia de la Administración estatal contrario al principio constitucional de libertad de creación o constitución de partidos políticos. Para que ello ocurra y, por ende, pudiera prosperar la impugnación del Gobierno Vasco en este concreto extremo, sería menester que, por el modo en que el legislador regula el acto de inscripción y por las facultades que para ello atribuye al Ministerio del Interior, se apreciase que a este se le apodera de un efectivo control material sobre la procedencia o no de la inscripción solicitada y, por tanto, sobre la atribución de personalidad jurídica al partido, de tal manera que las facultades de dicho Departamento ministerial excedieran del estricto y limitado ámbito de la simple verificación reglada de los aspectos jurídico-formales de la documentación presentada a inscripción, tal como lo ha entendido la doctrina constitucional, pues como declaró la STC 85/1986, de 25 de junio, FJ 3, "el sistema de previa inscripción en un Registro público ... sólo es constitucionalmente admisible con el alcance de un control formal externo y de naturaleza estrictamente reglada por parte de la autoridad administrativa", y la STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 5, estableció que cuando de la inscripción (constitutiva) se trata, únicamente es constitucionalmente admisible la verificación reglada, esto es, "comprobar si los documentos que se ... presentan corresponden a materia objeto del Registro y si reúnen los requisitos formales necesarios".

Pues bien, partiendo de los requisitos formales exigidos por el art. 3.1 LOPP, y del régimen de inscripción contenido en la Ley impugnada (art. 4 y 5.1), ha de entenderse

que no se confieren al Ministerio del Interior potestades discrecionales que le habiliten para proceder o no a la inscripción en el Registro del partido que lo solicita mediante la presentación de la documentación requerida al efecto, pues a la autoridad administrativa tan solo se le atribuye una actuación de constatación rigurosamente reglada, en cuanto contraída a los aspectos formales a través de los que se manifiesta el acto de constitución (acta fundacional y documentación complementaria), de tal manera que la suspensión del plazo de veinte días en el que ha de producirse el acto de inscripción tiene por exclusiva finalidad subsanar los defectos formales advertidos en aquella documentación, como pone de relieve el art. 5.1 LOPP.

En principio, pues, el legislador orgánico no apodera a la Administración estatal, mediante la inscripción registral, con facultades de un verdadero control material en orden a la personificación jurídica de los partidos políticos, por lo que no cabe hablar de que se desconoce o menoscaba el aludido principio constitucional de libertad de creación de partidos políticos plasmado en el art. 6 de la Constitución.

21. Con lo expuesto, sin embargo, no se agota el examen de este concreto motivo impugnatorio. La demanda del Gobierno Vasco aduce que el acto de inscripción puede ser denegado o retrasado por la Administración, en virtud de las facultades que se otorgan a ésta en el art. 5.1 de la propia Ley, relativo a los defectos formales, pero también, dice, a la denominación. Y de tal alegación extrae la consecuencia de que las previsiones de la Ley impugnada "se revelan contrarias a la configuración constitucional del derecho de asociación que, como derecho fundamental que es, goza de eficacia directa, sin necesidad de reconocimiento alguno por el poder público". Hemos de analizar, pues, el mencionado alegato.

Las facultades atribuidas al Ministerio del Interior para practicar la inscripción y, con ello, conferir personalidad jurídica al partido político, se limitan, en términos generales, a un mero acto de verificación reglada u objetivada, pues aquellas recaen tan sólo sobre el cumplimiento de los requisitos formales que deben observarse en la documentación presentada. Pero no es menos cierto, y así hemos de reconocerlo, que entre dichos requisitos que son exigibles para la constitución del partido, es decir, para que sus promotores puedan eficazmente otorgar el acta fundacional, se encuentra el de la denominación identificativa de aquel, tal como aparece regulada en el art. 3.1, párrafo 2, a cuyo tenor tal denominación no podrá incluir términos o expresiones que induzcan a error o confusión sobre su identidad ni tampoco podrá coincidir, asemejarse o identificarse -aun fonéticamente- con la de otro partido ya inscrito o disuelto o suspendido judicialmente, ni coincidir con la identificación de personas físicas o de entidades preexistentes o marcas registradas.

Pues bien, salvo en los supuestos de plena identidad de denominación entre partidos o entidades ya inscritas o disueltas judicialmente, en los demás casos citados, la determinación de semejanza o riesgo de confusión habilita al Ministerio para formular un juicio en el que goza de un amplio margen de determinación o apreciación que obstaculizaría o retrasaría la personalidad jurídica del partido. Así lo hemos entendido en la STC 85/1986, de 24 de junio, FJ 4, al afirmar que "La tutela de los posibles derechos de terceros, incluida la de los partidos de denominación similar, debe corresponder al orden jurisdiccional y no a la competencia administrativa, pues tal competencia, al operar a partir de un concepto jurídico indeterminado, podría tornarse en un verdadero control previo, en perjuicio de la libertad de constituir partidos políticos, y forzaría a los promotores de un partido el seguir un largo procedimiento administrativo y luego judicial para poder ejercer su derecho constitucionalmente reconocido".

Siendo ello así, el precepto impugnado -art. 5.1 en relación con el art. 3.1, párrafo segundo, LOPP- requiere una interpretación que permita su compatibilidad con el ejercicio en libertad del derecho a constituir o crear partidos políticos y, en definitiva, que respete el mandato constitucional contenido en el art. 6 de la Norma fundamental.

En efecto, ha de entenderse que, en cuanto atañe a la denominación del partido, las facultades atribuidas al Ministerio del Interior para suspender el plazo de inscripción únicamente podrán aplicarse cuando se compruebe de manera clara y manifiesta que concurre una plena coincidencia o identidad entre las formaciones políticas o entidades en contraste, de tal manera que los demás supuestos de semejanza o riesgo de confusión en virtud de la denominación, no habilitan para una eventual suspensión del plazo para la inscripción al amparo del art. 5.1 LOPP. Así entendido el precepto, en relación con el art. 3.1 no procede que apreciemos la pretendida inconstitucionalidad.

Por otra parte, el art. 3.1, en su segundo párrafo, prohíbe aquellas denominaciones "que sean contrarias a las leyes o los derechos fundamentales de las personas", sin ulteriores especificaciones. Entendida esta prescripción en sus literales términos, quedaría en manos de la autoridad administrativa el denegar o retrasar injustificadamente el ejercicio libre de constitución de partidos políticos, en cuanto mediante ella se le apodera con facultades que incluyen un amplio e impreciso margen de apreciación, lejos de la verificación reglada que a aquella corresponde en este ámbito. Por ello, y en línea con lo antes expuesto, solo ha de entenderse constitucional la transcrita determinación normativa cuando la contradicción con las leyes o con los derechos fundamentales sea palmaria, manifiesta o patente, no necesitada, por tanto de esfuerzo interpretativo alguno, de tal manera que se excluyan de la prohibición legal aquellos casos en que para apreciar la infracción, se precise, por la autoridad administrativa, de un cierto margen de apreciación en cuanto a la ilicitud de la denominación asignada al partido cuya inscripción y personificación jurídica se solicita. Así entendido el precepto no podemos apreciarlo contrario al art. 6 CE ni declarar, en consecuencia, la pretendida inconstitucionalidad del mismo.

22. Finalmente, el Gobierno Vasco impugna el art. 12.3 LOPP, precepto que se inscribe en el ámbito de los efectos de la disolución judicial ya declarada de un partido político, tal como aparece en la rúbrica del mismo. El efecto específico que señala el concreto apartado objeto de impugnación es el de atribuir a la Sala sentenciadora, previa audiencia de los interesados, el concreto pronunciamiento de "declarar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto a la que se refiere el párrafo b) del apartado 1", es decir, el de impedir la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro en tanto en cuanto aquel continúe o suceda la actividad de un anterior partido declarado ilegal y ya disuelto. Para que la Sala que acordó la disolución pueda emitir tal pronunciamiento, se atribuye legitimación para así instarlo de aquella, además de a quienes fueron partes en el proceso en que se dictó sentencia de disolución, al Ministerio del Interior y al Ministerio Fiscal, siempre y cuando -como especifica el precepto en su inciso final- el nuevo partido que continúe o suceda la actividad del anterior pretenda su inscripción en el Registro y consiguiente atribución de personalidad jurídica.

El Gobierno Vasco reprocha inconstitucionalidad al referido precepto por entender que, en el mencionado incidente de ejecución previsto en el art. 12.3 LOPP, se otorgan a la Administración, dada "la presencia del Ministerio del Interior en dicho incidente", facultades que exceden de la función de mero control o verificación reglada de los aspectos formales de la constitución del partido político, para caer en el proscrito ámbito de las injerencias ilegítimas de la Administración en relación con el derecho fundamental que trata de ejercitarse. Añade el demandante que el Ministerio del Interior no se limita a su condición de parte en dicho incidente procesal sino que es sujeto titular de la acción, en cuanto se le faculta directamente por la Ley para activarlo.

Pues bien, la Ley parte de que el Ministerio del Interior carece de facultades, como es constitucionalmente adecuado, para denegar la inscripción con base en la real o supuesta continuidad o sucesión a que alude el precepto. Siendo ello así, el atribuirle legitimación para instar el referido pronunciamiento no supone apoderarlo con

facultades decisorias que impliquen una injerencia ilegítima en el ejercicio del derecho fundamental, pues en definitiva, la apreciación de si procede impedir, con dicha base jurídica, la creación e inscripción del nuevo partido, corresponde a la Sala que dictó sentencia de disolución en el que pudiéramos denominar proceso principal, con arreglo a los criterios que el mismo precepto enuncia.

Por ello, hemos de concluir que el art. 12.3 LOPP no contradice el texto constitucional, de manera que no procede acoger la pretensión impugnatoria ejercitada frente al mismo por el Gobierno Vasco.

23. Debemos finalizar precisando el alcance de nuestro fallo. Las consideraciones anteriores determinan la procedencia de la desestimación del recurso, puntualizando que los artículos 3.1, 5.1, 9.2 y 3, y la disposición transitoria única, apartado 2, de la Ley Orgánica de partidos políticos sólo son constitucionales si se interpretan en los términos señalados en los fundamentos jurídicos 10, 11, 12, 13, 16, 20 y 21 de esta Sentencia.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1º Rechazar la causa de inadmisión invocada por el Abogado del Estado.

2º Desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a doce de marzo de dos mil tres.

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Sexta

Nulidad parcial del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Comentario de Pablo Pérez Tremps.

Esta sentencia estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por varias asociaciones pro-inmigrantes, declarando la nulidad parcial del **Reglamento de extranjería** por restringir indebidamente **derechos de los extranjeros**.

TEXTO DE LA SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SEXTA

Presidente: D. Ramón Trillo Torres

Magistrados: D. José Manuel Sieira Míguez, D. Enrique Lecumberri Martí, D. Agustín Puente Prieto y D. Francisco González Navarro

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil tres.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los Señores reseñados al margen, el recurso contencioso-administrativo que con el número 488/2001, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, contra el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Abogado del Estado, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de septiembre de 2.001, el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, presenta escrito en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, interponiendo recurso contencioso- administrativo contra el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

SEGUNDO.- Esta Sala dicta providencia con fecha 2 de octubre de 2001 en la que se acuerda tener por personado y parte al Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, admitiendo el recurso a trámite y acuerda se requiera a la Administración demandada para que remita el expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción, y ordena practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de dicha Ley.

TERCERO.- Con fecha 8 de enero de 2.002, esta Sala dicta Providencia en la que se tiene por recibido el expediente administrativo y los emplazamientos procedentes del Ministerio del Interior, y por personada y parte, en calidad de demandada, a la Procuradora de los Tribunales Doña Elisa Hurtado Pérez, en nombre y representación de la Unión General de Trabajadores de España, concediendo a la recurrente el plazo de veinte días para que formalice la demanda.

La representación procesal de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, presenta escrito con fecha 8 de febrero de 2.002, formalizando el escrito de demanda, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que considera de aplicación y termina suplicando a la Sala tenga por interpuesto la demanda contra el Real Decreto 864/2001 y previos los trámites legales se dicte sentencia por la que se proceda declarar ilegal y anular el citado Real Decreto en el sentido que indica en el suplico de su escrito. Solicitando mediante Otrosí la suspensión de la aplicación de varios artículos, exponiendo las alegaciones que considera oportunas y suplicando a la Sala se incoe pieza separada de incidente cautelar y se proceda a suspender la vigencia de dichos artículos.

CUARTO.- Se concede al Abogado del Estado el plazo de veinte días para que conteste a la demanda, lo que verifica con fecha 15 de marzo de 2.002, en el que tras efectuar en los hechos una síntesis del contenido de la disposición recurrida, formula un sólo Fundamento de Derecho en el que únicamente dice: "Esta parte se remite a los informes que obran en el expediente administrativo, cuyo examen pone de manifiesto la conformidad a Derecho del Real Decreto y de los preceptos concretos que se impugnan", para concluir solicitando en el suplico a la Sala que previa la tramitación que proceda dicte Sentencia desestimando el recurso e imponiendo las costas al recurrente.

QUINTO.- Concedido a la representación procesal de la Unión General de Trabajadores de España el plazo de veinte días para que conteste a la demanda, transcorre dicho plazo sin que presente escrito alguno.

SEXTO.- Esta Sala dicta Providencia con fecha 12 de junio de 2.002, en la que se acuerda conceder traslado a la parte recurrente el plazo de diez días a fin de que presente su escrito de conclusiones sucintas. Presentándolo con fecha 5 de julio de 2.002 en el que expone sus alegaciones y solicita que previos los trámites legales se dicte Sentencia por la que se proceda a declarar ilegal y anular el Real Decreto recurrido.

SEPTIMO.- La Sala concede el plazo común de diez días a los recurridos a fin de que presenten sus escritos de conclusiones sucintas.

El Abogado del Estado presenta escrito con fecha 22 de julio de 2.002, en el que suplica a la Sala de por ultimada la tramitación de este pleito y por reproducida la súplica de su escrito de contestación.

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, quedan pendientes de señalamiento para votación y fallo, señalándose posteriormente a tal fin el día 18 de marzo de 2.003, fecha en la que ha tenido lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ, Magistrado de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de entrar en el análisis de los artículos impugnados esta Sala no puede por menos que poner de manifiesto que en la contestación a la demanda el Sr. Abogado del Estado se limita, en la fundamentación jurídica, tal y como hemos transcrito en el antecedente de hecho cuarto, a remitirse a los informes que obran en el expediente administrativo, sin contestar en absoluto las alegaciones de los recurrentes, cuando tales informes han recaído sobre anteproyectos y proyectos que difieren en su contenido el texto definitivamente aprobado y sin que, por otra parte, en dichos informes se haga referencia expresa a los preceptos impugnados, quizás con la única excepción del artículo 41.5 del Reglamento al que se refiere el Consejo de Estado. No obstante esta Sala procederá al examen de los artículos en cuestión desde la óptica del principio de la legalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución.

Sentado lo anterior empezaremos por el primero de los preceptos impugnados, que no es otro que el apartado 3 del artículo único del R.D. objeto de recurso en su inciso "se aplicarán con carácter supletorio".

El citado apartado tres dispone: "Las normas del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, se aplicarán con carácter supletorio, o a los efectos que pudieran ser más favorables, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a las demás personas incluidas en el ámbito del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, modificado por Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 y ratificado por España el 22 de noviembre de 1993.

Asimismo, las normas del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, se aplicarán con carácter supletorio a quienes sea de aplicación la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo."

Los recurrentes fundamentan su impugnación no en razones de legalidad, en ningún momento sostiene que dicha expresión contravenga precepto legal alguno ni que en él se regulen materia sujeta a reserva de ley, sino en razones de técnica normativa, por cuanto afirman que el precepto impugnado no es apto para llenar el vacío producido por la desaparición del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/2000 tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 8/2000, ya que solo permite aplicar las normas

reglamentarias como supletorias o cuando sean mas favorable para las personas a que se refiere, pero no permite aplicar a estas mismas personas las disposiciones de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, cuando les sean mas favorables, al contrario de lo que ocurría durante la vigencia del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/2000 antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000.

Plantean los recurrentes más una cuestión de oportunidad que una cuestión de legalidad. Es posible que tengan razón en su argumentación, pero ello no es bastante para anular el precepto impugnado ya que eso solo sería procedente si en el mismo se regulasen cuestiones reservadas a normas con rango de Ley o la regulación fuese contraria a las previsiones de la Ley 4/2000. Por otra parte no cabe pretender que por vía reglamentaria se modifiquen las previsiones legales puesto que eso sí implicaría la anulación de la norma reglamentaria.

SEGUNDO.- El segundo precepto objeto de impugnación es el apartado 4º del artículo único que dice: "A los extranjeros que, en virtud de los Acuerdos que regulen la readmisión de personas en situación irregular suscritos por España, deban ser entregados o enviados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español, les será de aplicación el procedimiento previsto en el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, para la medida de retorno, y lo establecido en el art. 60 de dicha Ley Orgánica. Si se tratase de extranjeros que, habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España, les será de aplicación el art. 58 de la citada Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000."

La impugnación se concreta al contenido del precepto desde el principio del mismo hasta "... en el artículo 60 de dicha Ley Orgánica".

Los recurrentes sostienen como fundamento de su impugnación el que, en su opinión, se confunden los supuestos de retorno y expulsión y con ello se deroga el régimen sancionador previsto en la Ley, en especial el de expulsión, para aquellos supuestos en que el extranjero infractor sea nacional de alguno de los países con los que España tenga firmado algún acuerdo de retorno.

La impugnación no puede ser estimada dado que la remisión es sólo a efectos procedimentales y en modo alguno alcanza a eliminar la posible opción ente multa y expulsión a que se refiere el artículo 59 de la Ley y a su sustitución por el acuerdo de retorno. Lo que el Reglamento preve no es la sustitución de la medida de expulsión y sus efectos, en los casos en que proceda, por la de retorno, sino solamente que para la ejecución del acuerdo de expulsión, cuando éste haya sido adoptado, el procedimiento a seguir será el previsto para el retorno en los casos de que se trate de ciudadanos de países con los que exista acuerdo de readmisión.

TERCERO.- El tercer precepto impugnado es el artículo 36.5 del Reglamento de ejecución aprobado por el Real Decreto impugnado, relativo a la solicitud de prórroga de estancia, que dice: "El solicitante deberá identificarse personalmente ante la Oficina de Extranjeros, Jefatura Superior o Comisaría de Policía de la localidad donde se encuentre, al hacer la presentación de la solicitud o en el momento de la tramitación en que a tal efecto fuera requerido por el órgano competente".

La impugnación se concreta al inciso "identificarse personalmente".

Los recurrentes fundamentan su impugnación exclusivamente en que el precepto impugnado resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 30/92 en la redacción dada por la Ley 4/99, en el que se establece que la comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas solo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de Ley.

El contenido del artículo 40 de la Ley 30/92, no puede ser discutido, ahora bien, la cuestión no es tan simple como parecen pretender los recurrentes. El precepto impugnado se refiere a la solicitud de prórroga de estancia y la exigencia de identificación personal se limita a dos supuestos: la formulación de tal solicitud y el requerimiento de identificación en algún momento de la tramitación.

En cuanto al primero de los supuestos, la presentación de la solicitud, no cabe olvidar que el pasaporte o documento de viaje a que se refiere el apartado a) del precepto que nos ocupa, que debe ser presentado en el momento de la solicitud y del que se tomará nota en el expediente devolviéndose de manera inmediata al interesado, es el documento de identificación del extranjero en situación de estancia en España, documento de identificación cuya tenencia resulta obligatoria por imperativo del artículo 11 de la Ley Orgánica 1/92, y para cuya regulación es de aplicación supletoria la Normativa relativa al Documento Nacional de Identidad según resulta de lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento que nos ocupa cuya adecuación a derecho no discuten los recurrentes. Por otra parte, el artículo 9 de la citada Ley Orgánica 1/92, establece el deber de custodia y conservación por el titular del documento, obligación que también resulta del artículo 13 del Decreto 196/76 que obliga al titular del documento de identificación a llevarlo siempre consigo. En consecuencia es indudable que debe ser el titular del citado documento quien tiene que presentar personalmente la solicitud de prórroga de estancia, dado que es preceptivo acompañar a ella tal documento de identidad, razón por la que el precepto impugnado hemos de entender que tiene en el supuesto analizado cobertura legal.

En cuanto al segundo de los supuestos en que el precepto que ahora examinamos, establece el deber del solicitante de prórroga de estancia, de identificarse personalmente en el momento de la tramitación cuando a tal efecto fuese requerido por órgano competente, únicamente puede ser entendido con referencia a alguno de los momentos de la tramitación en que tal identificación personal resulte indispensable, lo que como ya hemos visto, acontece al menos en el momento de la solicitud. La cuestión es si a lo largo del procedimiento existen o no trámites en los que dicha comparecencia personal sea indispensable y legalmente exigible. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, al menos en cuanto al trámite específico de expedición de la autorización de prórroga solicitada ya que tal autorización debe hacerse constar en el pasaporte, título de viaje o documento aparte si el interesado hubiera entrado en España con otro tipo de documentación, puesto que tales documentos constituyen el documento de identificación del extranjero, a que se refiere el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/92, que este debe llevar siempre consigo y respecto del cual tiene el deber legal de conservación y custodia tal y como ha quedado anteriormente establecido. Por tanto, también, al menos, en cuanto al trámite de expedición del documento el deber de comparecencia personal tiene cobertura legal. Es importante, no obstante, destacar que el requerimiento a que el precepto impugnado se refiere, no resultaría conforme a derecho en los casos en que no se produjese al amparo de una norma de rango legal y en tales casos su inobservancia por el particular no podría acarrear consecuencia alguna en perjuicio de éste referida a la concesión o no de la prórroga solicitada. Tal ocurriría en el caso de que el requerimiento de comparecencia personal se produjese a fin de completar la documentación a que se refiere el apartado c) o aquellos otros encaminados a justificar los extremos a que atañen los apartados b), d) y e) todos ellos del número 2 del artículo 36 del Reglamento que nos ocupa.

Debemos finalmente efectuar una última reflexión. Como dijimos, el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/92, establece como obligación, más bien deber, de los extranjeros disponer de la documentación que acredite su identidad, siendo consecuencia lógica de ese deber el que las autoridades que han de emitir tal documento deban proceder previamente a la identificación personal de aquel a cuyo favor ha de emitirse el mismo. Por tanto el deber de comparecencia a que se refiere el precepto impugnado, encuentra también por esta razón, base legal en el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/92, por cuanto puede ser considerado consecuencia necesaria del mismo.

La impugnación, por tanto, no puede prosperar.

CUARTO.- Impugnan los recurrentes a continuación el artículo 38, que dice: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el Ministerio del Interior podrá autorizar la estancia en territorio español, por un máximo de tres meses en un período de seis, a los extranjeros que hubieran entrado en el mismo con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto, siempre que para ello existan motivos humanitarios, de interés nacional u obligaciones internacionales, pudiendo adoptar en tales casos, como medidas cautelares, alguna de las medidas enumeradas en el art. 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000." por entender que el inciso final, "pudiendo adoptarse en tales casos, como medidas cautelares alguna de las medidas enumeradas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000", es contrario a lo previsto en el citado precepto legal que restringe la aplicación de esas medidas cautelares limitativas del derecho a la libertad de circulación, tal es la rúbrica del artículo 5 de la Ley, a los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de la Ley, es decir en situación de estancia, residencia temporal o residencia permanente, cuando se acuerde la declaración de estado de excepción o sitio y excepcionalmente por razones de seguridad pública, pero en este caso el acuerdo deberá adaptarse de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso.

El precepto legal en modo alguno contempla la posibilidad de extender tales medidas limitativas del derecho a la libre circulación con carácter general a supuestos distintos a los de estado de excepción o sitio, por lo que la extensión que se hace por vía reglamentaria del alcance del artículo 5 de la Ley resulta contrario al mismo y al artículo 19 de la Constitución. Únicamente de manera excepcional e individualizada y en la forma establecida en el precepto legal a que antes nos hemos referido, podrá establecerse tal limitación a los extranjeros que se encuentren en España en la situación de estancia a que se refiere el artículo 38 impugnado, situación que ha de considerarse de estancia legal una vez se conceda la autorización a que el citado artículo del Reglamento se refiere.

La impugnación por tanto debe ser estimada y el precepto anulado en los términos en que se solicita por resultar contrario a la Ley 4/2000 en la redacción dada en la Ley 8/2000.

QUINTO.- El siguiente precepto reglamentario cuya anulación se pretende es el artículo 41.5, que dice: "Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 y en este Reglamento para proceder a dicha reagrupación."

Los recurrentes sostienen que el precepto es contrario al artículo 17.2 de la Ley 4/2000, en la redacción que le dio la Ley 8/2000, por cuanto únicamente permite ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares a quienes hubieran obtenido la residencia en virtud del derecho de reagrupación cuando cuenten con un permiso de residencia obtenido con independencia del alcanzado en virtud del derecho de reagrupación que en su día permitió su residencia legal en España, siendo así que el artículo 17.2 de la Ley hace referencia expresa al derecho de reagrupación que corresponde a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación.

El precepto fue ya objeto de atención específica por el Consejo de Estado que en su informe se cuestiona la legalidad del mismo, interesando cuando menos la supresión

de un inciso final que figuraba en el proyecto y que decía "la residencia obtenida en virtud de reagrupación no dará lugar a ulteriores reagrupaciones".

Decía el Consejo de Estado: "... Y una cosa es que reglamentariamente se fijen determinadas condiciones para hacer algo, que es lo que la Ley expresamente prevé, y otra muy distinta es que reglamentariamente se prohíba hacer ese algo, que es lo que el proyecto pretende. En su dictamen de 28 de julio de 2000 sobre el anteproyecto de lo que después de la Ley 8/2000 (dictamen 2.606/2000), el Consejo llamó la atención sobre la peligrosidad de las reagrupaciones encadenadas y a este criterio se remite el informe del Consejo General del Poder Judicial. pero una vez que dicho criterio no prevaleció y el texto de la Ley contempla la posibilidad de reagrupaciones familiares por quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, eso sí, reglamentariamente condicionadas, lo que no puede hacer el Reglamento es invertir el criterio de la Ley y prohibir dichas reagrupaciones. Máxime cuando la Ley, de acuerdo con lo previsto en el art. 13 C.E., configura para su ejercicio por los extranjeros, lo que es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y a interpretar según las normas internacionales al efecto de las que España es parte (art. 16 de la Ley en relación con el 17.5 CE, a la luz del art. 10.2 CE y normativa internacional: *verbi gratia*, art. 12 y 16 Declaración Universal, art. 8 Declaración Europea y arts. 9 y 10 Convenio Naciones Unidas Derechos del Niño)."

La cuestión es si la redacción actual, suprimido el inciso transcrito, respeta o no el derecho legalmente reconocido a lo que el Consejo de Estado denomina "reagrupación en cadena" y que afirma es un derecho reconocido en la Ley.

En nuestra opinión exigir la obtención de un segundo permiso de residencia, obtenido independientemente del permiso del reagrupante, para poder ejercer el derecho de reagrupación familiar reconocido en la Ley, supone privar a quienes han obtenido la residencia por reagrupación del derecho reconocido en el nº 2 del artículo 17 de la Ley para ejercer ese derecho en relación con sus propios familiares. La posición adoptada reglamentariamente limita el ejercicio del derecho de reagrupación familiar a quienes gocen de un segundo permiso de residencia obtenido de forma independiente a las circunstancias familiares que permitieron su propia reagrupación, es decir se elimina por vía reglamentaria lo que el Consejo de Estado denomina reagrupación en cadena y que esta es una posibilidad que viene establecida en el texto legal. El precepto por tanto debe ser anulado.

SEXTO.- En el apartado correlativo los recurrentes impugnan el artículo 49.2 d. y e. del Reglamento, relativo a exención de visado de residencia, que dice: "d.) Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho, se reúnan las circunstancias del art. 17 de la Ley orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 y se acredite la convivencia en España al menos durante un año.

e) Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho, se reúnan las circunstancias del art. 17 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, se acredite la convivencia en España al menos durante un año, y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año."

Entienden los recurrentes que el inciso "en España" va más allá de la exigencia establecida en la Ley Orgánica 4/2000 en el artículo 31.7.

El precepto legal no establece condición alguna a la convivencia durante al menos un año como requisito para que pueda concederse la exención de visado a quien sea cónyuge de residente en España. El establecer reglamentariamente la exigencia de que esa convivencia tenga que ser necesariamente en España implica una restricción que

va más allá de la exigencia legal y quiebra por tanto el principio de legalidad, amen de que supone obligar a permanecer en territorio español durante un año en situación irregular. Si el legislador hubiera querido imponer el requisito de convivencia en España hubiera efectuado la remisión al artículo 16 de la Ley, comprendido en el mismo capítulo relativo a la Reagrupación Familiar, y que sí se refiere a residencia en España. El precepto por tanto debe ser anulado.

SEPTIMO.- Impugnan los recurrentes en el apartado correlativo de los Fundamentos de Derecho del escrito de demanda el artículo 53.1.b del Reglamento, relativo a la extinción del permiso de residencia, que dice: "b) Por renuncia expresa o tácita de su titular. Se entenderá por renuncia tácita cuando el interesado, tras haber sido requerido para comparecer en la Oficina de Extranjeros o en la comisaría de Policía que hubiese seguido el expediente con el fin de tramitar o hacerse entrega de la tarjeta a que se refiere el art. 52.2 del presente Reglamento, no se personó en la misma en el plazo de tres meses desde que se practicó aquel requerimiento legalmente, salvo que el interesado acredite que la incomparecencia fue debida a causa justificada."

El razonamiento de los recurrentes para mantener su pretensión se basa en que el inciso "para comparecer en la oficina" implica una exigencia contraria al artículo 40 de la Ley 30/92 que establece en su número uno que la "comparecencia" de los ciudadanos ante las oficinas públicas solo será obligatoria cuando así este previsto en una norma con rango de Ley.

La cuestión que debemos analizar es sustancialmente coincidente con la que ha sido objeto de consideración en el Fundamento Jurídico Tercero y por tanto bastaría aquí dar por reproducido lo allí dicho y así lo hacemos en cuanto a los principios generales de la argumentación entonces efectuada.

En efecto, decíamos entonces y reiteramos ahora, que no podemos olvidar que la tarjeta de residencia es el documento de identificación de los extranjeros que se encuentren en situación de residencia legal en España a que se refiere el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/92 y que su titular tiene el deber de custodia y conservación, obligación que los recurrentes no discuten y que se establece en el artículo 59 del Reglamento. Del mismo modo, hemos de recordar lo dicho en cuanto a que el precepto citado, establece como de aplicación supletoria, la normativa sobre el Documento Nacional de Identidad, respecto del cual, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/92 establece también tal deber de conservación y custodia, circunstancia ésta que da cobertura legal a la obligación que impone el artículo 52.2 del Reglamento de que la tarjeta de residente sea entregada al interesado y no a terceras personas, obligación que también encuentra amparo en el artículo 13 del Decreto 196/76, que impone al titular del documento de identidad el deber de llevarlo siempre consigo, lo que impide que pueda ser entregado a terceras personas, ni siquiera temporalmente. De lo hasta aquí dicho, fluye con absoluta naturalidad, como complemento indispensable, que el titular de la tarjeta debe necesariamente comparecer personalmente en la oficina de extranjeros o comisaría de policía en que aquella se tramite para proceder a su retirada. Resulta, por tanto, claro que el deber que se impone al extranjero de personarse en la oficina de extranjeros o en la comisaría de policía para que se le haga entrega de la tarjeta de residente tiene cobertura legal.

El segundo de los supuestos en que el precepto que examinamos impone el deber de comparecencia personal del extranjero se refiere a los supuestos en que sea requerido "con el fin de tramitar" la tarjeta que aparece recogido en el artículo 52.2 del Reglamento. No cabe duda que la tramitación a que el precepto se refiere atañe específicamente a la que tenga por objeto la elaboración y entrega de la tarjeta y no a la relativa a la concesión del permiso de residencia. Tal tramitación únicamente puede venir referida a la elaboración material y entrega del documento de identidad, encuadrándose en la elaboración material los posibles trámites encaminados a dotar al documento en cuestión de algún contenido que solo pueda ser reflejado

personalmente por su titular, tal sería el caso de la huella dactilar o la firma, al igual que acontece con el Documento Nacional de Identidad, cuya normativa, como hemos dicho, es de aplicación supletoria. Ello porque del tenor del artículo 52 del Reglamento se deduce que la tarjeta será extendida sin más trámites por el Ministerio del Interior una vez inscrito el permiso de residencia en el Registro de Extranjeros a que se refiere el artículo 60 del propio Reglamento.

Consecuencia de lo hasta aquí dicho y de lo establecido en el Fundamento Jurídico tercero, en cuanto no constituya fundamentación específica del supuesto concreto allí analizado, la comparecencia a que se refiere el precepto que ahora se impugna tiene su amparo en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/92, en relación con el artículo 11 de la misma, el artículo 13 del Decreto 196/76 y el artículo 59 del Reglamento que nos ocupa, siendo a su vez complemento indispensable para la efectividad de la tarjeta en los casos en que en esta deba figurar algún contenido que solo pueda ser reflejado en ella por su titular, todo ello sin perjuicio de que, como ya dijimos en el Fundamento Jurídico tercero, la exigencia de la comparecencia personal fuera de los casos legalmente amparados y que por tanto su exigencia implique un ejercicio abusivo del precepto impugnado, resultaría contraria al ordenamiento jurídico y a su inobservancia no podría anudarse consecuencia alguna en perjuicio del administrado.

OCTAVO.- Pretenden, igualmente, los recurrentes la anulación del artículo 56.8 del Reglamento, relativo a extranjeros indocumentados, que dice: "Completada la información, salvo que el extranjero se encontrase incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o de expulsión, previo abono de las tasas fiscales que legalmente correspondan, el Subdelegado de Gobierno, o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en el caso de que aquel desee permanecer en España, dispondrán su inscripción en una Sección especial del Registro de Extranjeros y le dotarán de una Cédula de inscripción en un documento impreso, que deberá renovarse anualmente y cuyas características se determinarán por el Ministerio del Interior. La Dirección General de la Policía expedirá certificaciones o informes sobre los extremos que figuren en dicha Sección especial para su presentación ante cualquier otra autoridad española."

La anulación se concreta al inciso "salvo que el extranjero se encontrase incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o de expulsión".

La impugnación, en cuanto el inciso transcrito resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 34.2 de la Ley 4/2000 en su redacción de la Ley 8/2000, debe prosperar ya que el precepto legal se limita a establecer que "En todo caso, se denegará la documentación solicitada cuando el peticionario esté incurso en alguno de los supuestos del artículo 26", precepto éste que se refiere según su rúbrica, a los casos de prohibición de entrada, pero no a los de expulsión a los que se extiende el Reglamento y que por tanto contraviene lo dispuesto en la Ley para cuya ejecución se dicta, ya que aquella denegación solo es aplicable a los que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como a aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenio internacional en el que sea parte España, pero en modo alguno alcanza a quienes se encuentren incursos en causa de expulsión en tanto esta no haya sido acordada.

El precepto impugnado, por otra parte, de mantenerse en su actual redacción, implicaría la práctica inaplicabilidad del mismo y por tanto haría inviable la previsión del artículo 34, ya que todo extranjero que deba acudir a la fórmula del artículo 34.2 de la Ley para obtener un documento identificativo por carecer de documentación y no poder ser documentado por las autoridades de ningún país por razones distintas a la apátrida estará siempre incurso en la causa legal de expulsión consistente en estancia ilegal, y eso porque para entrar legalmente en España, conforme al artículo 25 de la Ley 4/2000, es necesario que se esté provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad, lo que es incompatible con la situación de indocumentación a que se refiere el artículo 34 de la Ley.

El precepto impugnado debe por tanto, insistimos, ser anulado en lo que se refiere a la expresión "o de expulsión".

NOVENO.- El artículo 57 del Reglamento dice: "1. A los extranjeros que se encuentren en España y que justificando documentalmente una necesidad excepcional de salir del territorio español no puedan proveerse de pasaporte propio, por encontrarse en alguno de los casos expresados en el art. 34.2 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, una vez practicados los tramites regulados en el artículo anterior, se les podrá expedir por la Dirección General de la Policía un título de viaje con destino a los países que se especifiquen, previendo el regreso a España salvo que el objeto del título de viaje sea exclusivamente posibilitar el retorno del solicitante al país de nacionalidad o residencia de éste, en cuyo caso, el documento no contendrá autorización de regreso a España.

2. El título de viaje tendrá la vigencia máxima y limitaciones que en cada caso concreto se determinen para su utilización que en le mismo se exprese, y se expedirá con arreglo al modelo que se determine por Orden del Ministerio del Interior."

Los recurrentes pretenden la anulación del precepto que ahora nos ocupa en lo que se refiere al inciso "y que justificando documentalmente una necesidad excepcional de salir del territorio español", así como a la expresión "podrá expedir" por entender que resultan contrarios a lo dispuesto en el artículo 34.2 de la Ley Orgánica 4/2000 al establecer requisitos no previstos en la Ley y además transformar en potestativo lo que en la norma de rango legal es imperativo.

El artículo 34.2 de la Ley 4/2000 que se dice infringido por la norma reglamentaria cuya anulación se pretende dispone, en su último inciso, que "los que deseen viajar al extranjero serán además provistos de un título de viaje".

El precepto legal no establece condicionamiento alguno para la provisión de título de viaje, salvo la previa documentación a que se refiere el propio precepto, por lo que condicionar la provisión de título de viaje a la justificación documental de "una necesidad excepcional de salir del territorio español", frente al simple deseo de viajar al extranjero a que se refiere la Ley, implica una clara contradicción con la norma de rango superior y por tanto debe procederse a la anulación solicitada. A idéntica situación debe llegarse en relación con la expresión "podrá expedir" que utiliza el Reglamento y que supone una mera posibilidad frente al carácter imperativo del artículo 34.2 de la Ley, cuando dice que "serán además provistos".

Consecuencia de lo anterior es la anulación del precepto impugnado, anulación de debe alcanzar a todo el nº 1 del artículo 57 ya que la supresión del inciso cuya anulación se pretende hace ininteligible el precepto.

DECIMO.- En relación con el artículo 84, relativo a los supuestos de inadmisión a trámite de la solicitud de permiso de trabajo, en sus apartados 2 y 6, que dicen: "2. Falta de competencia del órgano a quien se dirige la solicitud.

6. La solicitud presentada utilizando procedimientos inadecuados, de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento".

Los recurrentes sostienen que deben ser anulados por cuanto resultan contrarios a los artículos 71.1, 70 y 20.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

De los citados preceptos de la Ley de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común resulta que "el órgano administrativo que se estima incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las

actuaciones al órgano que considere competente si éste pertenece a la misma Administración Pública", (art. 20 de la L.P.J.A.P. y P.A.C). Tal mandato legal no deja lugar a dudas de que el apartado 2 del artículo 84 del Reglamento antes transcrito es contrario a una norma con rango de Ley y por tanto debe ser anulado, ya que la inadmisión solo sería procedente cuando el órgano al que se dirige la solicitud perteneciese a distinta Administración que la competente para la resolución.

En lo que se refiere al apartado 6 de precepto impugnado la referencia a procedimiento debe entenderse hecha a los preceptos contenidos en la sección quinta del Capítulo III entre los que se encuentran los relativos a "documentación necesaria para la concesión inicial del permiso de trabajo o su renovación" (art. 81) y al lugar y forma de la presentación (art. 82). Por tanto, de la dicción del art. 84.6 cuya nulidad se pretende resulta que la omisión de alguno de los documentos comprendidos en el art. 81 citado, cual sería el caso de presentar solo dos fotografías en lugar de tres (art. 81.1.1b), acarrearía la inadmisión de la solicitud, lo que resulta contrario al mandato legal contenido en el artículo 71 de la L.R.J.A.P. y P.A.C. que establece que si la solicitud de iniciación del procedimiento administrativo no reúne los requisitos señalados en el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, "se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, archivándose sin más trámite..."

Como quiera que la Ley 30/92 es aplicable a todas las Administraciones públicas y a ella habrán de adecuarse todos los procedimientos administrativos, es claro que lo dispuesto en el artículo 84.6 del Reglamento es contrario al artículo 71 de la Ley 30/92 transcrito y por tanto debe ser anulado al no permitir la subsanación de defectos en los términos establecidos en la Ley.

DECIMOPRIMERO.- En el apartado correlativo los recurrentes solicitan la anulación del artículo 100.2.c del Reglamento que dice: "Extranjeros inculcados en procedimientos por delitos. Si el extranjero contra el que se hubiese adoptado resolución que acuerde su expulsión del territorio nacional se encontrase inculcado en proceso penal, por un delito castigado con penas privativas de libertad inferiores a seis años, una vez que haya sido oído en declaración como tal, el Ministerio Fiscal interesará con carácter general, ponderando todas las circunstancias concurrentes, y en especial la satisfacción de los intereses generales, la autorización de la expulsión del territorio español de dicho extranjero. La autoridad judicial podrá autorizar su expulsión la que se ejecutará conforme el procedimiento administrativo que se hubiese seguido", por cuanto, afirman, confunde el término "imputado" con el de "inculcado". Lo cierto es que tanto la Ley de Extranjería, en su artículo 57.7 como el precepto que ahora se impugna utilizan el término "inculcado" por lo que la impugnación debe ser desestimada sin entrar en otras consideraciones.

DECIMOSEGUNDO.- En el apartado XII de su escrito de demanda los recurrentes sostiene la anulabilidad del artículo 112.6 del Reglamento, que dice: "La excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos, en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente establecida en el art. 21.2 de la Ley orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma. En la resolución, además de la motivación que la fundamenta, se harán constar los recursos que frente a ella procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos."

Los recurrentes sostienen que el inciso "y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma".

Los recurrentes alegan en defensa de su pretensión que el artículo 111 de la Ley 30/92 permite con carácter general la anulación de todos los actos administrativos cuando concurren una serie de requisitos, sin que ello sea óbice para la ejecutividad del acto administrativo firme. Alegan también los recurrentes en apoyo de su tesis que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el inciso 2 del artículo 34 de la Ley 7/85 que prohibía la suspensión judicial, así como que "en ningún lugar la Ley de Extranjería permite esta prohibición de suspensión en vía administrativa".

La pretensión de anulación no puede prosperar por cuanto de una parte el Tribunal Constitucional al limitar en la sentencia 115/87 la declaración de inconstitucionalidad a la prohibición de suspensión en vía jurisdiccional, fundamento jurídico cuarto, cuando dice que "no es posible eliminar en todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto...", está implícitamente admitiendo la constitucionalidad de la eliminación en vía administrativa, ya que no debe olvidarse que la antigua Ley 7/85 en su artículo 34.2 decía que "en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley", con lo que evidentemente se refería tanto a la suspensión judicial como a la administrativa.

La cuestión queda reducida a si la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000 da cobertura a lo dispuesto en el precepto recurrido.

El artículo 63.4 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000 establece que "la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata". Tal expresión no cabe identificarla con la del artículo 94 de la Ley 30/92 en que se dispone que "los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario...", ya que una cosa es que los actos sean ejecutivos y otra muy distinta que su ejecución deba efectuarse de forma inmediata. Lo primero implica que la fuerza obligatoria del acto administrativo es inmediata (art. 94 de la Ley 30/92) y que la Administración tiene la posibilidad de hacer efectiva esa obligatoriedad, incluso venciendo la oposición del particular (art. 95 de la Ley 30/92), en tanto que lo segundo supone que los órganos administrativos a quienes corresponde la ejecución deben llevarla a cabo de forma inmediata por imperativo legal, y esta obligación resulta incompatible con la suspensión de la ejecución. El precepto reglamentario que nos ocupa, en consecuencia, no puede ser estimado inconstitucional a la luz de la sentencia 115/87 y ha de estimarse conforme al mandato contenido en el artículo 63.4 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000, razones por las que su impugnación debe ser desestimada.

DECIMOTERCERO.- Consideran a continuación los recurrentes que el artículo 117.2 del Reglamento que nos ocupa, relativo a medidas cautelares en el procedimiento de expulsión, que dice: "Cuando en las primeras actuaciones de la fase de instrucción, concurren razones que así lo aconsejen, como carecer el extranjero de arraigo, de domicilio conocido o no manifestase lugar alguno a efecto de notificaciones, el órgano competente para iniciar el procedimiento o el órgano instructor podrán adoptar la medida provisional de retirada de pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de recibo acreditativo de tal medida", debe ser anulado en lo que atañe al inciso "para iniciar el procedimiento o el órgano instructor" por cuanto resulta contrario al artículo 61.1 de la Ley de Extranjería.

En efecto el artículo 61.1 citado establece que es la autoridad competente para la resolución del expediente sancionador en el que se formule propuesta de expulsión podrá acordar a instancia del instructor... la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad (art. 61.1.c). En consecuencia, al desplazar el Reglamento esa competencia al instructor, que solo tiene conforme al mandato legal facultades de propuesta, y al órgano competente para iniciar el procedimiento, no

existe duda alguna de que contraviene una norma de rango superior y por tanto el precepto debe ser anulado.

DECIMOCUARTO.- En el correlativo de la demanda los recurrentes demandan la anulación del artículo 127.2.c del Reglamento recurrido dice: "Solo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: c) se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento", al entender que vulnera el artículo 58.5 de la Ley de Extranjería, ya que este precepto legal tan solo admite que el internamiento en los supuestos que la devolución tenga lugar por haberse infringido la prohibición de entrada, es decir en los supuestos del apartado 2.a del artículo 58 de la Ley, en tanto que el precepto impugnado extiende la posibilidad de internamiento a todos los supuestos en que se haya dictado acuerdo de devolución.

Consecuencia de lo anterior es que la norma reglamentaria contraviene manifiestamente el artículo 58.5 de la Ley que distingue entre los supuestos de devolución por contravenir la prohibición de entrada en España (art. 58.2.a), en los que provee la posibilidad de internamiento cuando no pueda ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas, y la devolución de los que pretenden entrar ilegalmente en el país para cuyo supuesto la Ley no establece aquella posibilidad, sin que pueda, por otra parte, ser confundida la devolución con la expulsión, supuesto este en que sí cabe el internamiento conforme al artículo 62.e de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción de la Ley Orgánica 8/2000.

Extender por vía reglamentaria una medida cautelar que afecta al Derecho a la libertad a supuestos no previstos legalmente resulta contrario al Ordenamiento Jurídico y por tanto el precepto impugnado debe ser anulado.

DECIMOQUINTO.- Plantean los recurrentes en el apartado correlativo del escrito de demanda la anulabilidad del artículo 130 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 reformado por la Ley Orgánica 8/2000, que dice: "1. Los internos están obligados a cumplir las normas de convivencia, régimen interior, sanidad e higiene, así como a conservar las instalaciones y mobiliario del centro.

2. En cada centro existirá una Junta compuesta, además del Director del mismo, por el facultativo y un trabajador social, que asesorará a aquel en la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de convivencia y de régimen interior, que deberán, en su caso, ser comunicadas a la autoridad judicial que autorizó el internamiento.

3. La dirección del centro establecerá un horario para regular las distintas actividades a desarrollar por los internos.

4. Los internos podrán recibir y enviar correspondencia, así como mantener comunicaciones telefónicas con el exterior, que solo podrán restringirse por resolución de la autoridad judicial.

5. Se adoptarán las medidas necesarias para impedir restricciones del ejercicio de la libertad religiosa por parte de los internos.

6. Los internos están autorizados a comunicar con sus abogados, y periódicamente con familiares, amigos y representantes diplomáticos de su país, debiendo realizarse tales comunicaciones dentro del horario establecido para la adecuada convivencia entre los internos, conforme a las normas de funcionamiento del centro."

La cuestión que debe dilucidarse en este punto es la de si las cuestiones a que se refiere el precepto impugnado tiene o no reserva de Ley, con independencia de si ésta ha de ser o no Ley Orgánica.

El artículo 53.1 de la Constitución cabe entenderlo, así lo dice el Tribunal Constitucional, como referido a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho de los proclamados en el capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, o bien en relación con lo que una importante tradición jurídica ha denominado intereses jurídicamente protegidos, como núcleo y médula de los derechos subjetivos, aspectos a los que el artículo en cuestión ha querido añadir un plus de garantía derivado del hecho de ser directamente aplicables y en consecuencia reserva al legislador, las Cortes Generales, la posibilidad de, respetando su contenido esencial, regular el ejercicio de esos derechos entre los que naturalmente se encuentra el Derecho a la Libertad proclamado en el artículo 17 y que se predica de toda persona y no sólo de los nacionales.

El artículo impugnado se refiere a cuestiones que atañen directamente al estatuto jurídico de los extranjeros que hayan sido ingresados en centros de internamiento al amparo de lo dispuesto en los artículos 60 y 62 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000 y por tanto dicho estatuto jurídico, en cuanto afecte y limite el ejercicio de diversos aspectos esenciales del derecho a la libertad de los extranjeros, más allá del derecho ambulatorio a que se refiere el artículo 60.2 de la Ley 8/2000, tal es el caso de imponer una limitación cuantitativa mediante la expresión "periódicamente" a la posibilidad de comunicación con familiares o representantes diplomáticos del país de origen, o el establecer la posibilidad imponer medidas correctivas a los "internos" que no respetan las normas de convivencia sin especificar cuales sean unas y otras, ni estas vengan establecida en la Ley-, ha de ser regulado por Ley debido a la exigencia constitucional. Así lo entendió ya el legislador en relación a una situación de privación de libertad que el Tribunal Constitucional ha considerado asimilable a lo que ahora nos ocupa en cuanto a garantías exigibles, cual es la detención preventiva, supuesto en el que el estatuto jurídico de los afectados por la medida ha sido regulado por Ley Orgánica 1/79. En efecto en esta Ley Orgánica se regula cuestiones tales como la obligación de cumplir las normas de régimen interior, asistencia sanitaria, régimen disciplinario, comunicaciones de los internos, asistencia religiosa, etc. cuestiones a las que se refiere la norma reglamentaria que ahora se impugna. En consecuencia el precepto debe ser anulado por insuficiencia de rango en todo aquello que suponga limitación de derechos al margen del artículo 60 de la Ley 8/2000 que en su número 2, en su último inciso, dispone que "los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio". Por tanto los apartados 2 y 6 del precepto que nos ocupa no pueden ofrecer duda en cuanto a la procedencia de su anulación, si bien es obligado resaltar que el apartado 6 debe ser anulado en cuanto establece un criterio de periodicidad en las comunicaciones, periodicidad que implica limitación a un derecho que esta Sala afirma resulta incuestionable y no susceptible de limitación por vía reglamentaria como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 60.2 de la Ley 8/2000 antes transcrito. No procede, por el contrario, la anulación de los párrafos 4 y 5 por cuanto se limitan, aun cuando ello fuera innecesario, a reconocer el derecho a enviar y recibir correspondencia, a mantener conversaciones telefónicas, y a la libertad religiosa.

En cuanto a los apartados 1 y 3, los mismos han de considerarse complemento indispensable para hacer efectiva la posibilidad de internamiento legalmente establecida, principio éste del complemento indispensable asumido tanto por el Tribunal Constitucional como por esta Sala en sentencias, entre otras, de 30 de noviembre 1.982 y 1 de junio de 1.973 respectivamente. Decimos que son complemento indispensable por cuanto el respecto de normas de convivencia, régimen interior, sanidad, higiene, horarios así como la conservación de muebles y mobiliario, son conductas absolutamente indispensables, para el buen funcionamiento del centro de internamiento.

En consecuencia deben ser anulados los apartados 2 y 6 del precepto impugnado, sin perjuicio de resaltar que la relación de derechos proclamados en los apartados 4 y 5, que se mantienen, del artículo impugnado, en modo alguno tiene carácter de números clausus ya que ello resultaría contrario al artículo 60 de la Ley 8/2000.

DECIMOSEXTO.- Los recurrentes fundamentan la impugnación que realizan del artículo 136.3 del Reglamento que nos ocupa y que dice: "Los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas de las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de la incoación del correspondiente expediente sancionador.", en el hecho de que vulnera, en su opinión, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El precepto que nos ocupa impone a los órganos judiciales y por tanto a los titulares de los mismos, la obligación de efectuar a las autoridades gubernativas las comunicaciones a que el artículo se refiere, ya que corresponde a los Jueces y Magistrados dictar la resolución en que se acuerda llevar a cabo el acto del órgano jurisdiccional de que se trata. Estamos en consecuencia ante un precepto que impone deberes a los Jueces y Magistrados y altera por tanto su Estatuto al margen de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que limita las funciones de los Juzgados y Tribunales a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así como a "lo demás que expresamente les sea atribuido por Ley en garantía de cualquier derecho", sin que las notificaciones a que se refiere el artículo del Reglamento que examinamos puedan entenderse incluidas en el trámite de ejecución de sentencia, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal solo se remite a los reglamentos en lo que se refiere a la forma y tiempo de ejecución de las penas, en tanto que los expedientes gubernativos a que se refiere el artículo 136.3 del Reglamento impugnado en modo alguno puede considerarse constituyan ni el contenido principal ni el accesorio de la pena. El precepto en este punto, en consecuencia debe ser anulado.

Por otra parte la notificación a que se hace mención en el inciso final del artículo impugnado, que se refiere a la comunicación de las condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, tiene trascendencia en el proceso por cuanto conlleva la notificación del contenido de la sentencia a quien no ha sido parte en aquel, en contra de lo dispuesto en el artículo 160 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que las sentencias se notificaran a las partes y a sus Procuradores. Estamos, en consecuencia, ante un acto que tiene efectos en el proceso cuya regulación debe ser efectuada por Ley y por tanto por imperativo del artículo 122 de la Constitución, del artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el alcance procesal de la norma su regulación debe efectuarse por norma con rango de Ley, razón por la que el precepto debe ser anulado.

DECIMOSEPTIMO.- Igual cuestión que la analizada en el fundamento anterior se plantea en el apartado correlativo del escrito de demanda en relación con el artículo 136.4 del Reglamento recurrido que dice: "Cuando el Ministerio Fiscal conozca que un extranjero se encuentre imputado en un procedimiento por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión previstas en la Ley orgánica 4/2000, reformada por la Ley orgánica 8/2000, sin que hubiera sido incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, informará sobre tal imputación a la autoridad gubernativa para que ésta compruebe si procede o no la incoación de expediente de expulsión, a los efectos oportunos.".

El artículo 124 de la Constitución impone en relación con el Estatuto del Ministerio Fiscal idéntica reserva de Ley que el artículo 122 de la misma, con relación a los Jueces. El Estatuto Jurídico está representado por la Ley 50/81, pero en él que se contiene una cláusula residual en su artículo 3.15 en la que tiene encaje el deber que les impone el precepto impugnado, ya que aquella se refiere a "ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico les atribuya", entre las que sin duda se encuentra la que les impone el precepto impugnado que integra, como es obvio, ese ordenamiento.

Su impugnación, en consecuencia, no puede prosperar.

DECIMOCTAVO.- En el último apartado del escrito de demanda los recurrentes pretenden la anulación del artículo 138.1.b del Reglamento que nos ocupa, relativo a la posibilidad de devolución de los extranjeros que se hallaren en alguno de los siguientes supuestos: 1.b "Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada."

Fundamenta su pretensión la demandante en relación con el inciso "o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta" cuya supresión pretende, en el hecho de que la Ley de Extranjería en su artículo 58.2 limita la no necesidad de expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros a "los que pretendan entrar ilegalmente en el país" (apartado b), y los que contravengan la prohibición de entrada en España como consecuencia de expulsión anterior (apartado a).

El artículo que ahora se recurre lo que pretende llevar a cabo es una interpretación del apartado 2.b del artículo 58 de la Ley, antes transcrito, cuando dice en el apartado 1.b "considerándose incluidos, a estos efectos (pretensión de entrar ilegalmente en el país) a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada".

La cuestión es si el precepto reglamentario va mas allá del mandato legal y realiza una interpretación contra Ley, en cuyo supuesto deberá ser anulado.

El Precepto legal de referencia no ofrece duda de que se esta refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión "pretender entrar" es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por mas que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que esta es una situación incompatible con la de encontrarse "en el interior", es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero.

El precepto legal se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va mas allá del mandato legal ampliándolo a un supuesto no previsto en este. Estamos por tanto ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón el precepto debe ser anulado.

DECIMONOVENO.- No concurren los requisitos del artículo 139 en orden a una condena en las costas del recurso.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, contra Real Decreto 864/2001, de 20 de julio y del que anulamos los siguientes artículos del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000: artículo 38, el inciso "pudiendo adoptarse en tales casos, como medidas cautelares, algunas de las medidas enumeradas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley 8/2000"; artículo 41.5; artículo 49.2 apartados d) y e) el inciso "en España"; artículo 56.8, el inciso "o de expulsión"; artículo 57.1; artículo 84.2; artículo 84.6; artículo 117.2; artículo 127.2.c; artículo 130.2; artículo 130.6; artículo 136.3; artículo 138.1.b en el inciso "o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta". El presente fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente Don José Manuel Sieira Miguez, estando la Sala celebrando audiencia pública el día de la fecha, de todo lo cual, yo, el Secretario, certifico.

UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Sentencia del Tribunal Supremo
Sala Especial del art. 61 L.O.P.J.
Autos acumulados N°s. 6/2002 y 7/2002
TOLDOCS: 284863

Ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok Y Batasuna

Comentario de Pablo Pérez Tremps.

Esta sentencia entiende que las formaciones políticas indicadas son contrarias a la **Ley 6/2002**, de 27 de junio, de **partidos políticos**, procediendo a declarar la ilegalidad de los citados partidos políticos, su disolución, la cancelación de sus respectivas inscripciones en el Registro de Partidos Políticos, ordenando el cese de sus actividades y la liquidación de su patrimonio."

TEXTO DE LA SENTENCIA

Sala Especial del art. 61 L.O.P.J.

Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco José Hernando Santiago

Magistrados: Excmos Sres.: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, D. Luis Gil Suarez, D. Jose M^a Ruiz-Jarabo Ferran, D. Luis Puerta Luis, D. Emilio Pujalte Clariana, D. Alfonso Villagomez Rodil, D. Aurelio Desdentado Bonete, D. Fernando Ledesma Bartret, D. Enrique Bacigalupo Zapater, D. Fernando Perez Esteban, D. Francisco Marin Castan, D. Agustin Corrales Elizondo, D. Agustin Puente Prieto, D^a Milagros Calvo Ibarlucea, D. Jose Manuel Maza Martin

En la Villa de Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil tres.

Vistos los procesos acumulados números 6/2002 y 7/2002, seguidos a instancias de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal sobre ilegalización de Partidos Políticos, siendo partes demandadas los Partidos Políticos HERRI BATASUNA; EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA, los dos primeros en situación de rebeldía y el último representado por la Procuradora DOÑA ANA LOBERA ARGÜELLES y defendido por el Letrado DON IÑIGO IRUIN SANZ.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por escrito fechado el 2 de septiembre de 2002, con entrada en este Tribunal Supremo al día siguiente, el Ministerio Fiscal formulaba, ante esta Sala Especial regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, demanda de disolución de los partidos políticos HERRI BATASUNA (HB), EUSKAL HERRITARROK (EH) y BATASUNA al amparo de lo previsto en los artículos 10 y siguientes de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. En dicha demanda, a la que se acompañaban los documentos en los que la expresada representación fundaba su derecho, procedía a relatar los hechos y alegar los fundamentos de Derecho que estimaba adecuados a su acción, interesando luego la apertura del procedimiento a prueba así como la práctica de cuantos medios probatorios estimaba adecuados para

la justificación de sus afirmaciones fácticas. En el suplico de dicha demanda concluía el Ministerio Fiscal solicitando de la Sala: a) que declare la ilegalidad de los partidos demandados; b) que ordene la cancelación de sus respectivas inscripciones registrales en el Registro de partidos Políticos; c) que ordene también el cese inmediato de sus actividades; d) que extienda los efectos de los anteriores pronunciamientos a todo partido de nueva creación que pudiese surgir en fraude de ley o de los ya existentes y que pudiera venir a suceder en su actividad a los declarados ilegales; e) que ordene su liquidación patrimonial; f) que acuerde que la disolución surta los efectos previstos en el artículo 12.1 de la Ley Orgánica reguladora de los Partidos Políticos, y todo ello; g) con expresa condena en costas a las partes demandadas.

SEGUNDO.- Por escrito fechado el 2 de septiembre de 2002 y también, como en el anterior caso, con entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el 3 siguiente, el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación Española y en cumplimiento del Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el 30 de agosto de 2002 conforme a mandato expreso del Congreso de los Diputados, formuló demanda para “la declaración de ilegalidad de los partidos políticos” HERRI BATASUNA (HB), EUSKAL HERRITARROK (EH) y BATASUNA y para “su consecuente disolución”. En su escrito de demanda el Abogado del Estado procedía a su vez a relatar los hechos y alegar los fundamentos de Derecho que estimó adecuados a su acción, interesando después la apertura del procedimiento a prueba y la práctica de aquellos medios probatorios que estimó eran conducentes a la justificación de los hechos afirmados. En el suplico de su escrito de demanda expresaba literalmente dicha representación: “Que, teniendo por presentado este escrito con los documentos, medios e instrumentos que se acompañan y sus copias, se sirva admitir todo ello y tener por interpuesta demanda en solicitud de declaración de ilegalidad de los partidos políticos BATASUNA, HERRI BATASUNA y EUSKAL HERRITARROK, y, tras la tramitación prevista en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, se dicte Sentencia por la que se declare la ilegalidad de los tres partidos mencionados y se acuerde su disolución, con los efectos previstos en la citada Ley Orgánica”.

TERCERO.- Por dos providencias, fechadas ambas el 5 de septiembre de 2002, tuvo esta Sala por formuladas las demandas del Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal que más arriba se expresan, en solicitud de ilegalización y disolución de los partidos aludidos, las cuales, respectivamente, dieron lugar a la incoación de los autos jurisdiccionales números 6/2002 y 7/2002. En dichas providencias, además de tener por formuladas las demandas, se acordaba el emplazamiento de los partidos demandados para su formal comparecencia en plazo de ocho días, ordenando al efecto, para su debido cumplimiento, el libramiento de exhortos a los Juzgados Decanos de los de Primera Instancia de Bilbao, San Sebastián y Pamplona. Las providencias aludidas informaban además a las partes de los Magistrados que, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, habían de formar la Sala que había de enjuiciar la causa y los Ponentes designados en cada uno de los procedimientos.

Una vez producidos los emplazamientos, con el resultado e incidencias que son de ver en autos, la Sala, en otras dos providencias de fecha común de 13 de septiembre de 2002 acordó oír a las demandantes para alegaciones con respecto a lo actuado hasta ese momento. Una vez evacuados por éstas los respectivos traslados dictó nuevas providencias, el 18 de septiembre de 2002, en las que, tras declarar que los emplazamientos realizados a los demandados debían entenderse efectuados correctamente, según lo establecido para ellos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pese a todo, “para que en ningún caso pudiera producirse ningún género de indefensión o vulneración de los principios de contradicción y defensa”, ordenaba efectuar emplazamientos edictales complementarios a través del Boletín Oficial del Estado y los Boletines Oficiales de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra.

En dos escritos, de fecha común de 8 de octubre de 2002, con entrada en este Tribunal al día siguiente, la Procuradora de los Tribunales D^a. ANA LOBERA ARGUELLES comparecía en representación del partido político demandado, BATASUNA, en ambos procedimientos jurisdiccionales 6/2002 y 7/2002.

Por sendos Autos también de fecha común de 28 de octubre de 2002 el Tribunal, vista la incomparecencia de los otros dos partidos demandados HERRI BATASUNA y EUSKAL HERRITARROK no obstante su formal emplazamiento en las formas más arriba descritas, acordó declararlos en rebeldía y, en consecuencia, no llevar a cabo desde aquel momento notificación adicional de ninguna clase a los mismos, salvo la finalizadora del presente procedimiento.

Por escritos fechados el 9 de octubre de 2002, 16 de octubre de 2002 y 21 de octubre de 2002, la representación procesal de BATASUNA, demandada en los presentes autos jurisdiccionales, formulaba incidentes de recusación (iguales en los dos procedimientos seguidos) de los Magistrados de esta Sala, Excma. Sra. D^a Milagros Calvo Ibarlucea y Excmo. Sr. D. Angel Rodríguez García, así como de su Presidente y Ponente de esta Sentencia, Excmo. Sr. D. Francisco José Hernando Santiago. Dichas recusaciones dieron lugar a sus respectivas incoaciones, designaciones de instructores y sustitutos, evacuación de informes por el recusado en cada caso, audiencia del Ministerio Fiscal y señalamiento para deliberación y fallo, tras lo cual se dictaron sendos Autos, de fechas 3 de diciembre de 2002 (dos de ellos) y 4 de diciembre del mismo año (el tercero) en los que se desestimaban dos de los incidentes y por el contrario estimaba otro de ellos. En concreto el incidente estimado era el de la recusación del Excmo. Sr. D. Angel Rodríguez García, apartándole, por los motivos que en dicho Auto son de ver, del conocimiento del asunto.

El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, en escritos de la misma fecha 10 de octubre de 2002 solicitaban la acumulación de los autos jurisdiccionales seguidos, al amparo del artículo 81, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Una vez recibidos dichos escritos petitorios, el Tribunal dictó providencia de audiencia a la única demandada personada con respecto a dicha solicitud, sin suspensión por ello de los procedimientos cuya acumulación se postulaba. La representación procesal de BATASUNA se adhirió a esta pretensión por escrito de fecha 31 de octubre de 2002, dictándose por fin un Auto el 5 de noviembre de 2002 en el que acordaba dicha acumulación de procesos y, en concreto, el 7/2002 al 6/002, más antiguo en su tramitación.

El 31 de octubre de 2002 la representación demandada formulaba un nuevo incidente de recusación, esta vez del Magistrado Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan. Una vez abierto el incidente, nombrado el instructor y dado traslado al recusado para que se pronunciase sobre la concurrencia de la causa alegada, éste reconoció su existencia, por lo que en efecto quedó finalmente apartado del conocimiento del asunto.

CUARTO.- Por escrito de fecha 8 de noviembre de 2002, la representación procesal del partido político BATASUNA, única demandada comparecida en los presentes autos jurisdiccionales, formulaba contestación a las demandas del Ministerio Fiscal y Abogado del Estado, oponiéndose a las pretensiones contenidas en ambas, acompañándola de los documentos que estimaba oportunos y solicitando en su suplico que: “teniendo por presentado este escrito, su copia y los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo, y, en su mérito, tenga por formulada en tiempo y forma contestación a las demandas interpuestas por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal y por instada oposición a las pretensiones de los actores, y previa su tramitación conforme a derecho y recibimiento del pleito a prueba, dicte Sentencia por la que se acuerde la desestimación de las demandas, con imposición de las costas a los demandantes y con lo demás que en Derecho proceda”.

QUINTO.- Interesada por todas las partes personadas la apertura del procedimiento a prueba, la Sala lo acordó en conformidad en un Auto fechado el 3 de diciembre de 2002, en el que fijaba en quince días el periodo de proposición de la misma y en treinta el de su práctica.

El 20 de noviembre de 2002 el Ministerio Fiscal formulaba escrito de renuncia a determinados medios probatorios, concretamente a ciertas pruebas testificales, reproduciendo luego en otro de 10 de diciembre de 2002, en esta fase de prueba, los que en su momento había propuesto en su escrito de demanda. También la Abogacía del Estado, en fecha 20 de diciembre de 2002, formulaba su escrito de petición probatoria, en el que solicitaba la práctica de determinados medios de prueba. Lo propio fue efectuado, por último, por la demandada BATASUNA, que en un escrito fechado el 23 de diciembre de 2002 solicitaba del Tribunal la práctica de determinadas testificales y documentales.

A la vista de todo ello fue dictada providencia el 27 de diciembre de 2002 en la que el Tribunal vino a resolver sobre la admisión de aquellos medios probatorios propuestos por las distintas partes que estimaba pertinentes y de utilidad para la causa, denegando los demás, así como sobre la forma en la que cada uno de los admitidos debía practicarse.

El 27 de enero de 2003 la representación de BATASUNA interpuso recurso de reposición contra esta providencia, tanto por la desestimación de algunos medios probatorios por ella propuestos como por las restricciones a la publicidad del proceso que la Sala acordó, lo que dio lugar a oír a las demás partes personadas, por cinco días, para alegaciones con respecto a aquel recurso. Finalmente la Sala dictó un Auto en fecha 21 de enero de 2003 en el que lo desestimaba en su plenitud.

Los días 8, 9, 13 y 14 de enero de 2003 tuvo lugar, en audiencia pública y ante el Tribunal en pleno, la práctica de los medios de prueba solicitados por las distintas partes. Las sesiones de prueba fueron oportunamente grabadas en soporte digital y también de ellas fue levantada acta por el Sr. Secretario.

La representación procesal de BATASUNA, en un escrito de fecha 14 de enero de 2003 solicitaba de la Sala la entrega de copia de las grabaciones de las sesiones de prueba, lo que fue denegado por una providencia de fecha 21 de enero de 2003. Contra ella fue formulado un nuevo recurso de súplica por aquella representación, que fue estimado finalmente en un Auto de 10 de febrero de 2003, en el cual se concluía acordando en efecto que dicha entrega tuviera lugar.

Una vez concluido el periodo probatorio, el Tribunal, en providencia de fecha 6 de febrero de 2003, dio traslado a las partes personadas para que efectuasen alegaciones, lo que fue efectuado por el Ministerio Fiscal en un escrito fechado el 10 de febrero de 2003, por la Abogacía del Estado en otro de 12 de febrero de 2003 y por BATASUNA en otro de 10 de marzo de 2003. En todos aquellos escritos las representaciones personadas efectuaron un análisis del resultado de las pruebas practicadas y formularon las alegaciones que estimaron adecuadas a su interés, con el contenido que es de ver en ellos y que después será objeto de referencias individualizadas, solicitando por fin las dos primeras la plena estimación de las demandas y la tercera su desestimación y el planteamiento por la Sala de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional con respecto a la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos.

En una providencia de 11 de marzo de 2003 la Sala declaraba conclusas las actuaciones y señalaba el día 13 de ese mismo mes para el inicio de las deliberaciones. Finalmente éstas se han sucedido los días 13, 14, 15 y 17, tras lo cual se produjo la votación y fallo, habiendo sido alcanzada la unanimidad en el Tribunal.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal fundamenta su demanda de ilegalización y subsiguiente disolución en los siguientes hechos y alegaciones esenciales:

1º.- CREACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEMANDADOS.-

A. Que el partido político HERRI BATASUNA (HB) es una creación de la banda terrorista ETA (EUSKADI TA ASKATASUNA) y un instrumento erigido por la misma (aunque naciese como coalición electoral formada por ESB, ANV, HASI y LAIA) para aprovechar los recursos democráticos nacidos de la promulgación de la Constitución española y del cambio político habido a su consecuencia, y que se hallaba finalísticamente encaminado a desestabilizar las instituciones desde su interior y apoyar la acción terrorista de ETA. A tales efectos, dice siempre el Ministerio Fiscal, pondría a servicio de la banda ETA su infiltración institucional. Además, para mayor eficacia en el cumplimiento de su designio, no se sometería a las reglas del Estado de Derecho, no aceptaría la forma democrática, no debería dejarse “contaminar” por el Ordenamiento Jurídico o las instituciones españolas y emplearía los recursos que el sistema democrático proporciona a los demás partidos políticos para su labor, como los fondos públicos destinados a su financiación o los canales de acceso a los medios de comunicación.

B. Que el partido político EUSKAL HERRITARROK (EH) es a su vez creado por HERRI BATASUNA (HB) en 1998 ante el temor de verse ilegalizada y para poder concurrir a las elecciones autonómicas, sucediendo en la práctica la primera formación a la segunda, pese a la ausencia de disolución formal de ésta. Sus recursos, estrategias y fines serían los mismos que en el apartado anterior quedan relatados para HERRI BATASUNA.

C. Que el partido político BATASUNA surge desde dentro de EUSKAL HERRITARROK (EH) tras un proceso de refundación y refundición, con un mero cambio de denominación y con una ampliación de 25 a 32 en los miembros de su órgano assembleario de dirección (Mesa Nacional). Con respecto a los recursos, estrategia y fines de este nuevo partido, participaría plenamente de los que quedan relatados para los dos anteriores.

2º.- ACTIVIDADES DE LOS PARTIDOS DEMANDADOS.-

Afirma seguidamente el Ministerio Fiscal que los tres partidos políticos demandados han venido manteniendo, desde sus respectivas creaciones y hasta el día de hoy, una actividad que ha producido una quiebra reiterada y grave de los principios y valores democráticos. Ello se habría realizado, entre otras vías, por la de legitimar y justificar la existencia y acciones de la banda terrorista ETA; por la de favorecer, multiplicar y generalizar los efectos de la violencia terrorista y el miedo que causa en la sociedad; y por la de fomentar la creación de un clima de intimidación tendente a eliminar o a disminuir las condiciones indispensables para el ejercicio del pluralismo y la democracia. Añade además el Ministerio Público que la actuación de los partidos políticos demandados, llevada a efecto por sus militantes o responsables, ha producido en la realidad social una situación de enfrentamiento y de hostigamiento sistemático a los ciudadanos que no profesan sus ideas, que se ha traducido en una verdadera asfixia de su derecho de participación política y de libre expresión y defensa de sus opiniones. En un nivel superior de concreción, y como prueba de todo ello, destaca el Ministerio Fiscal el abultado número de renunciaciones al desempeño de los cargos públicos de concejal, procedente de los Partidos Popular y Socialista, que ha tenido lugar.

3º.- PERSISTENCIA EN EL TIEMPO DE TALES CONDUCTAS.-

Sostiene a su vez dicha representación actora que todos estos hechos y fines han estado presentes desde la creación de los partidos demandados y que se han mantenido en su integridad tras la promulgación de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, reguladora de los Partidos Políticos, sin que, en suma, BATASUNA, único partido con actividad al día de hoy, haya procedido a la realización de actividad de ninguna clase en orden a la adaptación de su estructura, actividades o fines al sistema democrático y de respeto de los derechos fundamentales. En concreto, el Ministerio Público resalta como ejemplo lo ocurrido tras el atentado terrorista producido el 4 de agosto de 2002, en la localidad de Santa Pola (Alicante), perpetrado por medio de la explosión de un coche-bomba y a consecuencia del cual fallecieron una niña de seis años y un varón de cincuenta y siete, sufriendo heridas de diversa consideración varias decenas de personas. Afirma dicha representación actora que tras este atentado, BATASUNA, consciente y voluntariamente, se abstuvo de efectuar cualquier clase de condena, negándose, para mayor precisión, el representante de BATASUNA en la Junta de Portavoces del Ayuntamiento de San Sebastián, sus portavoces, representantes o miembros en los Ayuntamientos de Vitoria, Portugalete, Pamplona e Irún a firmar cualesquiera comunicados de condena les fueron presentados. Igual negativa de condena o conducta abstencionista se produjo en los Parlamentos Navarro y Vasco. Por fin, relata el Ministerio Fiscal toda una serie de sucesos, actos e intervenciones de dirigentes o representantes de BATASUNA, producidos con posterioridad a la entrada en vigor de la expresada Ley Orgánica reguladora de los Partidos Políticos, con el contenido y resultado que es de ver en dicho escrito de demanda, y que estima se hallan incursos en causa de ilegalización. Entre ellos resalta el Ministerio Público el hecho de que en los Ayuntamientos gobernados por BATASUNA se produce con reiteración la colocación en sus fachadas de pancartas con el símbolo utilizado por GESTORAS PRO AMNISTÍA, organización declarada ilegal por Auto de 19 de diciembre de 2001 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 por ser parte integrante del complejo ETA-KAS-EKIN. De modo más preciso la demandante cita los treinta y nueve Ayuntamientos en los que tales pancartas se exhibían entre las fechas 9 a 11 de agosto de 2002. Añade también que con frecuencia son colocadas grandes fotografías de miembros de la banda terrorista ETA en prisión, con la expresión de los días que en cada caso restan para su puesta en libertad, computándose, en aquellas mismas fechas, hasta diecisiete fotografías o carteles de esta clase.

4º.- ARGUMENTOS DE APOYO A LOS HECHOS ANTERIORES.-

En el terreno de la justificación argumental de los hechos anteriormente aludidos y que dicha representación afirma como ocurridos, resalta, en especial para acreditar la relación que entre ETA y HERRI BATASUNA existe y para justificar aquel reparto de tareas que entre una y otra se produjo, la condena por Sentencia nº 2/1997, de 29 de noviembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a los veintitrés miembros de la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA (H.B.), en concepto de autores de un delito de colaboración con banda armada, por haber cedido sus espacios electorales a la banda terrorista, en un pronunciamiento, nos dice, cuyo relato de hechos probados no experimentó modificación ni reparo alguno en el recurso de amparo seguido contra la misma ante el Tribunal Constitucional, quedando, por consiguiente, incólumes y probados tales hechos. La continuidad en la acción, pese a la sustitución de HERRI BATASUNA (HB) por EUSKAL HERRITARROK (EH) y de ésta por BATASUNA, se justificaría, entre otros datos, por la coincidencia, en gran número, de personas en sus respectivas Mesas Nacionales (que como ha quedado indicado serían sus órganos asamblearios de dirección política). Además, identifica el Ministerio Fiscal una serie de miembros, de todos o alguno de tales partidos, que habrían ocupado puestos de responsabilidad o de representación y que habrían sido objeto de condena por los Tribunales de Justicia por hechos de extrema gravedad, todos ellos vinculados a su

pertenencia a la banda terrorista ETA. Identifica asimismo el Ministerio Fiscal, según ha quedado consignado más arriba, los Ayuntamientos o Parlamentos en los que representantes de BATASUNA se han abstenido de efectuar condena a atentados, los Ayuntamientos en los que se ha producido la colocación de pancartas con el símbolo de GESTORAS PRO AMNISTÍA o fotografías de terroristas en prisión, y los diversos actos producidos desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, reguladora de los Partidos Políticos, de presión o intimidación a ciudadanos o responsables públicos.

5º.- CALIFICACIÓN JURÍDICA.-

El Ministerio Público estima por ello, expresando en profundidad las razones de su alegación, que en los partidos aquí demandados concurre la causa de disolución prevista en el artículo 10.2.c) de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, en relación con su artículo 9, a saber: “cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9”. Y más en concreto estima integradas las previsiones legales siguientes, todas ellas de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos:

- A. “Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales a personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas” (artículo 9.3.c);
- B. “Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta” (artículo 9.3.a);
- C. “Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia” (artículo 9.3.a);
- D. “Tratar de “someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general” (artículo 9.2.c);
- E. “Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos” (artículo 9.3.b);
- F. “Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas” (artículo 9.2.b);
- G. “Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo” (artículo 9.3.a);
- H. “Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas” (artículo 9.3.b);
- I. “Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas” (artículo 9.2.a);
- J. “Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia” (artículo 9.3.i);
- K. “Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas” (artículo 9.3.h);
- L. “Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas

asociadas al mismo” (artículo 9.3.d);

M. “Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas”... (artículo 9.3.g).

N. “Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos” (artículo 9.3.e);

SÉPTIMO.- El Abogado del Estado sustenta por su parte su acción, en esencia, en los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

1º.- RELACIÓN DE HECHOS.-

A. Que los partidos políticos demandados, pese a figurar inscritos como independientes en el Registro de Partidos Políticos existente en el Ministerio del Interior, forman parte de un complejo o “entramado” jurídico-político único, que pasa a denominar a partir de aquel momento “entramado BATASUNA”, cuya finalidad sería el complemento y apoyo político de la acción de la organización terrorista ETA. Añade, por ello, que los diferentes nombres que tales partidos han ido adoptando a lo largo del tiempo “responden a una misma organización y a las necesidades sentidas en cada momento de adaptarse a las vicisitudes judiciales que han sufrido a lo largo de una historia única”. Abunda luego dicha representación actora, en la misma dirección, que la actividad de creación de partidos políticos, que se van sucediendo entre sí en su trayectoria, estaría presidida por un objetivo único, que sería el de aprovecharse de las ventajas que el sistema democrático proporciona (las cuales pasa a enumerar) con el fin de “sustentar, apoyar, generalizar y multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma”.

B. Que en consecuencia, aquel “entramado BATASUNA” despliega una actuación constante de complemento y apoyo a la banda terrorista ETA, y, más aún, que resulta en realidad ser “la prolongación en la vida política del terrorismo de ETA”, existiendo una verdadera “actuación coordinada” y “sistemática” que se habría mantenido durante muchos años.

2º.- PERSISTENCIA EN EL TIEMPO DE TALES CONDUCTAS.-

Como hacía el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado también afirma que todos los anteriores hechos cobraron eficacia desde el origen de dichos partidos y se han mantenido, sin modificación alguna, tras la promulgación de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, reguladora de los Partidos Políticos.

3º.- ARGUMENTOS DE APOYO A LOS HECHOS ANTERIORES.-

La existencia del complejo organizativo que la demandante denomina “entramado BATASUNA”, así como la identidad de organización y fines de los partidos que lo componen, se obtendría de las siguientes circunstancias:

A. Presencia constante de sus más relevantes militantes y dirigentes en las tres organizaciones. En este lugar expresa el Abogado del Estado, detallada e individualizadamente, las concretas personas en las que estima que concurre esa realidad.

B. Coincidencia entre las respectivas Mesas Nacionales (en este caso el argumento se refiere a los partidos HERRI BATASUNA y BATASUNA), órganos superiores de

dirección partidaria.

C. Coincidencia en la composición de los grupos parlamentarios en el Parlamento Vasco.

D. Coincidencia en las candidaturas presentadas en los distintos procesos electorales.

E. Continuidad e identidad de sus declaraciones “oficiales”.

Las conexiones entre los partidos demandados y la banda terrorista ETA, y el hecho de su “actuación coordinada”, se acreditarían además:

A. Por la participación directa y personal de representantes, dirigentes o militantes de dicho “entramado BATASUNA” en la actividad terrorista, por cuyos hechos habrían sido condenados por los Tribunales de Justicia.

B. En sentido justamente inverso, por la participación de condenados por delitos de terrorismo en la vida política, bajo el amparo de los partidos demandados, los cuales habrían puesto sus listas electorales a su disposición.

C. Porque en frecuentes declaraciones públicas, efectuadas por los miembros de los partidos demandados, ellos mismos no han deslindado las fronteras entre las organizaciones políticas y la terrorista.

D. Por la actividad de los partidos demandados, al ensalzar frecuentemente a la banda delictiva ETA, exhortarla a que cometan sus actividades terroristas (con gritos como “¡ETA mátales! o “¡Aznar pim, pam, pum!”), presentar sus atentados como justificados, por supuestamente insertos en un conflicto político en el que habría dos partes enfrentadas (“Euskal Herria”, de la que ETA sería su “defensa armada”, y España y Francia), y por su negativa a condenar los atentados de ETA, por graves que éstos fueran.

E. Correlativamente, del hecho de que, en ocasiones, sea la banda terrorista ETA la que haya expresado en sus declaraciones su apoyo a los partidos demandados.

F. Por el empleo, en diversas ocasiones, de las sedes de los partidos políticos demandados para actividades propias de la banda terrorista ETA

G. Por la entrega del censo electoral, facilitado por la Oficina del Censo a los partidos demandados para su participación en los distintos procesos electorales, a dicha organización terrorista.

H. Por la entrega de recursos económicos, por los partidos demandados, a la referida banda terrorista.

4º.- CALIFICACIÓN JURÍDICA.-

Los hechos relatados, a juicio de la Abogacía del Estado merecerían las calificaciones siguientes, referidas a preceptos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, reguladora de los Partidos Políticos; todo ello de conformidad con el soporte argumental y con la referencia a concretos medios de prueba que a cada una de las calificaciones adjunta dicha representación:

A. “Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta” (artículo 9.3, a).

B. “Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos” (artículo 9.3.b).

C. “Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble

militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión” (artículo 9.3.c).

D. “Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo” (artículo 9.3.d)

E. “Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos” (artículo 9.3.e).

F. “Colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas” (artículo 9.3.f).

G. “Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior” (artículo 9.3.g).

H. “Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas” (artículo 9.3.h).

I. “Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia” (artículo 9.3.i).

OCTAVO.- La representación procesal de BATASUNA, única parte demandada comparecida en los presentes autos jurisdiccionales, en su escrito de contestación a las demandas formuladas por la Abogacía del Estado y Ministerio Fiscal vino a oponerse a ellas, en esencia, a través de las siguientes afirmaciones fácticas y alegaciones:

1º.- OPOSICIÓN A LOS HECHOS.-

Niega primeramente el partido político BATASUNA, en su contestación a la demanda, en la que se ocupa de discutir separadamente las tesis de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal, la existencia real de aquello que por el Abogado del Estado se ha dado en llamar “entramado BATASUNA”. Afirma, por el contrario, constituir una organización política que sería poseedora de una “personalidad jurídica propia e independiente de otros partidos u organizaciones que le hayan podido preceder en la inscripción en el Registro de Partidos”. Expresa además que las coincidencias personales que hayan podido producirse únicamente evidenciarían eso mismo, la pura presencia de distintas personas en diversas organizaciones, pero sin que de ello pueda extraerse conclusión de ninguna clase. A este respecto sostiene que aquellos pretendidos elementos de conexión que se darían entre los tres partidos políticos, y que en la demanda del Abogado del Estado se destacan, en modo alguno serían demostrativos de que los distintos partidos políticos demandados “sean idénticos ni por su nacimiento, ni por las personas que los componen, ni por sus estatutos, ni por sus fuentes de financiación, ni por las estructuras en que se organizan”.

Asimismo niega que su finalidad sea el complemento y apoyo políticos de la acción de la organización terrorista ETA y (como viene siendo afirmado de contrario) la de aprovecharse de las ventajas que el sistema democrático proporciona para sustentar, apoyar, generalizar y multiplicar los efectos de la violencia terrorista y el miedo y la intimidación generados por ella.

Se detiene además dicha demandada, contradiciéndolas, en las versiones que las actoras formulan sobre la forma en la que se produjo el nacimiento del partido político HERRI BATASUNA y en la influencia que sobre ella tuvieron ciertos documentos, como la llamada Ponencia Otsagavía.

Discute luego las tesis de las actoras con respecto a la forma en la que se produjo el nacimiento de EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA. Con respecto a la primera de tales organizaciones (que se inició como una agrupación de electores) indica que fue un acto espontáneo de estos propios electores, en el que además participaron otras organizaciones distintas de HERRI BATASUNA, de modo que en absoluto habría sucesión entre ellas. Con respecto a BATASUNA, expresa, surgió de un debate que se inició entre diversos sectores de izquierda en la primavera del año 2000 y fue también consecuencia espontánea de una serie de corrientes ideológicas que confluyeron, como así se obtendría de las distintas ponencias que fueron presentadas en el proceso de su constitución.

En similar dirección se opone dicha representación –niega más bien- la existencia de reales conexiones entre BATASUNA y ETA. Más en concreto discute la existencia de coincidencias en determinados elementos personales, particularizadas en un número significativo de personas condenadas por actos de terrorismo que habrían sido presentados en las listas electorales de los partidos demandados. Viene dicha representación demandada a afirmar, a este respecto, la plena legalidad de aquella inserción, en razón de que las personas presentadas no estaban legalmente privadas en aquellos momentos de sus derechos políticos. Aduce además que, en todo caso, esa sería una realidad ajena, pues BATASUNA no habría concurrido aún a proceso electoral de ninguna clase, toda vez que desde su creación no se había producido ninguno. Y alega, además, con respecto a todo esto (en los términos que más adelante se dirá y anticipando por tanto en dicho lugar de su discurso valoraciones jurídicas), la supuesta inconstitucionalidad del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, en el que las actoras se sustentan. Ahondando en esa misma tesis dice luego BATASUNA que utilizar ese dato en su perjuicio supondría negar el derecho a la rehabilitación que los condenados tienen, y, por el contrario, erigir para ellos un verdadero “estigma vitalicio”. Con respecto a alguna de esas condenas afirma, además, que la Sentencia en la que se acordaron fue anulada por otra del Tribunal Constitucional (Sentencia nº 139/1999, de 20 de julio), circunstancia que, sin embargo, “deliberadamente” habrían olvidado las partes actoras.

En lo atinente a las declaraciones que han podido ser realizadas por miembros de BATASUNA en medios de comunicación, o a las valoraciones que de ellas extraen las otras partes, niega que hayan sido adecuadamente probadas, al tiempo que estima haber sido producidas en ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión y por tanto amparadas por él; oponiéndose además, por las razones que en su escrito refleja, a las versiones que sobre el conjunto de actos, manifestaciones o declaraciones (a las que individualmente se refiere) sostienen las distintas partes actoras.

2º.- ALEGACIONES:

A. EN CONTRA DE LA SUBSUNCIÓN QUE LAS PARTES DEMANDANTES EFECTÚAN, DE SU ACTIVIDAD, EN LOS PRECEPTOS DE LA LEY ORGÁNICA 6/2002.-

Seguidamente la única demandada comparecida en autos se opone en su contestación a la incardinación de las conductas relatadas por las actoras en las distintas determinaciones de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, lo que hace con los argumentos de hecho y derecho que serán objeto de mención en momentos posteriores de esta Sentencia, por ser merecedores de individual y detallado análisis, circunstancia que excusa a la Sala de su cumplida consignación en este lugar.

B. EN CONTRA DE LA LEY ORGÁNICA 6/2002, DE 27 DE JUNIO:

El partido BATASUNA estima inadecuada, en primer término, la opción realizada por el legislador en la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, en favor de la atribución de la competencia para el conocimiento de los procedimientos de ilegalización y disolución de partidos políticos -como el presente- a la Sala especial regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Considera, con respecto a esta cuestión, que existe una gran discordancia entre las competencias para las que esta Sala fuera inicialmente concebida en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y aquellas otras que por imperativo de la referida Ley Orgánica 6/2002 se le atribuyen. Por ello viene a concluir que el orden competente para aquel enjuiciamiento debiera ser el Contencioso Administrativo de la Jurisdicción, y que el procedimiento adecuado debiera ser el especial para la protección de derechos fundamentales contenido en aquella Ley (artículos 114 y siguientes), al modo, dice, de lo que para la protección de la libertad de asociación se contiene en el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del mismo derecho.

Después afirma, siguiendo con sus reproches a la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, que el Constituyente, a la hora de redactar el que terminó siendo artículo 6 del Texto Supremo, rechazó de manera explícita el sistema alemán llamado de la “democracia militante”, y, ahondando en el mismo análisis, estima que el principio pluralista, cuya fundamental materialización residiría en la libertad de existencia y funcionamiento de los partidos políticos, limitaría tanto la acción del legislativo como la de los demás poderes públicos a la hora de interferir de alguna manera sobre los partidos. A la conclusión de la falta de vigencia de semejante principio de la “democracia militante” en el derecho español llega, de la mano de un sector de la doctrina constitucionalista y con citas explícitas y reiteradas a un concreto autor, a partir de las siguientes circunstancias: a) ausencia de un pronunciamiento constitucional explícito en relación con el control finalista de los partidos; b) vigencia del principio de igualdad, por cuya virtud sería inadmisibles la erección de unos límites a los ciudadanos para cuando actúan a través de los partidos políticos que sin embargo no rigen cuando lo hacen al margen de cualquier estructura partidaria; c) la naturaleza íntegramente revisable de la Constitución; y d) el rechazo explícito, en los trabajos de elaboración del texto constitucional, del citado principio de la “democracia militante”. En su discurso cierra la expresada actora esta idea afirmando que no existen en la Constitución española otros límites a los partidos políticos que los que se derivarían de la aplicación de la ley penal, complementados, en su caso, con los establecidos para las asociaciones por el artículo 22, apartados 2 y 5, de la Constitución; reputa que las previsiones de su artículo 6 respecto a que su estructura y funcionamiento deban ser democráticos se refieren a la pura organización interna; y añade que no existe legitimidad constitucional para articular límites a los fines que los distintos partidos políticos pudieran pretender, cualesquiera que éstos fueran, o para exigirles una actividad democrática.

En otro orden de cosas, pero siempre en el contexto de los reproches que son dirigidos contra la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, afirma la demandada que ésta sería una ley singular, de caso único o “ad hoc”, cuyo exclusivo objeto sería lograr su ilegalización como partido político. Esta realidad, nos dice, no requeriría ni tan siquiera de prueba, por formar parte de los hechos notorios, pues podría obtenerse de cualquier declaración de las realizadas tanto por los representantes políticos de los Partidos Popular o Socialista Obrero Español como de los distintos miembros del Gobierno. E insiste en que la Ley, en lugar de abordar las cuestiones que preocupan en el resto de Europa (como la ausencia de democracia interna en las organizaciones partidistas, la financiación electoral, la limitación de la permanencia en cargos públicos, la reserva de cuotas por sexos, etc.). persigue la disolución de BATASUNA como su única finalidad inspiradora. Sería pues, dice, -una ley en sentido formal, pero no así en sentido material-, por la falta de generalidad de sus determinaciones. Sería una ley singular limitativa de derechos fundamentales (extremo constitucionalmente vedado). Y sería una ley articuladora de una fórmula de enjuiciamiento penal en la que se prescindiera de las garantías exigibles para esta clase de procedimientos.

Otros reproches a la Ley Orgánica 6/2002 que la parte demandada le dirige son: a) aparejar graves efectos jurídicos, como la ilegalización, con el puro soporte de presunciones; b) contravenir las exigencias de concreción, taxatividad y precisión que son exigidas tanto por el principio constitucional de legalidad sancionadora como por el de seguridad jurídica (artículos 25 y 9.3 de la Constitución, respectivamente) en razón de los tipos abiertos empleados por la norma y por el extremado juego que permitirían a la subjetividad; c) infringir el principio non bis in idem, inherente al de legalidad sancionadora, por concurrir identidad entre los hechos descritos por el artículo 515 del Código Penal y los que el 9.2 de la Ley Orgánica reguladora de los Partidos Políticos reflejan, y por identidad sustancial en el bien jurídico que ambas normas protegerían; d) lesionar el derecho fundamental de asociación, recogido en el artículo 22 de la Constitución, por establecer la ilegalidad de los partidos por actos que no son penalmente ilícitos; e) infringir el principio de proporcionalidad, al establecer, para conductas diferentes de aquéllas ya citadas (que merecerían doble calificación, penal y al amparo de la Ley Orgánica 6/2002), el efecto grave, innecesario en una sociedad democrática, de la ilegalización de un partido político; f) infringir el derecho a la libertad de expresión de pensamientos, ideas u opiniones (alegación ésta que en momento posterior es desarrollada con mayor extensión a la luz de la jurisprudencia producida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos); g) idéntica infracción del derecho fundamental a la libertad ideológica protegido por el artículo 16.1 de la Constitución, el cual ampararía incluso a aquellos proyectos políticos que no fueran acomodados a los contenidos materiales del texto constitucional o que fueran propugnantes de su reforma; h) vulneración del mandato constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales, por el juego que la norma otorgaría a las trayectorias de los partidos que fueran anteriores a su propia entrada en vigor; y j) contravención del derecho a la doble instancia.

Finalizando este gran bloque de reproches que son dirigidos por la demandada contra la Ley Orgánica Reguladora de los Partidos Políticos, y en buena medida redundantes con respecto de anteriores alegaciones, expresa que el cauce y procedimiento previstos en ella contienen, en realidad, una huida del Derecho Penal y, en concreto, de las exigencias que serían inherentes a la aplicación de esa rama del Derecho, como es que la decisión a adoptar deba asentarse en una carga probatoria sólida que se funde en estrictas garantías procesales y que se exija que el partido político de que se trate sea el instrumento o medio para la realización de las conductas. Tales circunstancias no concurrirían, se nos dice, en un procedimiento, como el presente, que estaría asentado en un derecho sustantivo singular (“especialísimo”), que es tramitado por un procedimiento específico, en el que la valoración de las pruebas debe hacerse con arreglo a máximas de la sana crítica y en el que el órgano jurisdiccional encargado de dirimir las pretensiones suscitadas es una Sala Especial del Tribunal Supremo.

Por todo ello aquella única parte demandada comparecida, en su contestación a la demanda anticipaba que en el trámite de alegaciones previsto en el artículo 11.6 de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, solicitaría de la Sala el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de esta norma, lo que en efecto realizó después en su escrito de fecha 10 de marzo de 2003.

NOVENO.- En el presente procedimiento se han observado las formalidades legales.

DÉCIMO.- Es Ponente de la presente Sentencia el Excmo. Sr. D. Francisco José Hernando Santiago, Presidente del Tribunal Supremo y de la Sala regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, quien en ella expresa el parecer unánime del Tribunal.

HECHOS PROBADOS.-

Son resultancias de hecho de necesaria constancia para la más ajustada resolución del litigio, que este Tribunal declara como probadas a los exclusivos efectos del presente procedimiento, según todas ellas se desprenden del conjunto de actuaciones y pruebas practicadas, las siguientes:

1º.- ORIGEN, NATURALEZA Y CIRCUNSTANCIAS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEMANDADOS.-

1º.1.- ORIGEN DEL PARTIDO POLÍTICO HERRI BATASUNA. NATURALEZA Y CIRCUNSTANCIAS DE LOS PARTIDOS QUE LO CONSTITUYEN.-

A. HERRI BATASUNA es una organización política cuya denominación, debidamente traducida al castellano como procedente de la lengua vasca, significa Unidad Popular.

B. Dicha organización política asumió inicialmente la forma jurídica de Coalición Electoral, participando en las Elecciones Generales de 1 de marzo de 1979 (primeras desde la promulgación de la Constitución de 1978), para después estructurarse como una Agrupación de Electores, fórmula con la que concurrió a las elecciones al Parlamento Vasco de 9 de marzo de 1980. Finalmente pasó a convertirse en un Partido Político, accediendo al Registro de Partidos Políticos dependiente del Ministerio del Interior en fecha 5 de junio de 1986 (Folio 9 del Tomo II del Libro de Inscripciones) en cumplimiento de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1986.

C. Como Coalición Electoral, primera de las fórmulas que dicha organización asumió, surgió de un proceso o “foro” denominado MESA DE ALSASUA, que culminó el 27 de abril de 1978, a consecuencia del cual pasaron a integrarse en la nueva organización los partidos políticos previamente existentes ESB (EUSKAL SOCIALISTA BILTZARREA), ANV (ACCIÓN NACIONALISTA VASCA), LAIA (LANGILE ABERTZALE IRAULTZAILEEN) y HASI (HERRIKO ALERDI SOCIALISTA IRAULTZAILEA). De todos ellos formaban parte de la organización KAS (Koordinadora Abertzale Socialista), instrumental de la organización terrorista ETA, al menos HASI y LAIA.

D. El alejamiento que con respecto a la estructura de la banda terrorista ETA comportaba la estrategia de separación táctica que había de articularse, entre la acción terrorista y su organización y todos aquellos partidos que iban a ser creados para operar coordinadamente dentro de la legalidad (de inmediato se va a exponer detalladamente esta operación), condujo a ETA a crear una organización delegada que, operando dentro de la legalidad, y por tanto próxima al conjunto organizativo creado, impidiese, a través de una vigilancia férrea y de la articulación de relaciones jerárquicas, que proyectaba sobre HASI y LAIA, cualquier desviación del curso de sus directrices. Esa organización es KAS (“Koordinadora Abertzale Socialista”), una organización que pasó de ser inicialmente una mera “coordinadora” a ejercer intensa jerarquía tanto sobre las distintas organizaciones como de modo directo sobre sus militantes, transformándose en lo que se denominó un “Bloque Dirigente”.

KAS ha sido tenida como ilegal por un Auto de fecha 20 de noviembre de 1998, procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (Sumario 18/1998), y, en razón a su condición de organización satélite de la banda terrorista ETA, ha sido también incluida en la Lista Europea de Organizaciones Terroristas que fue aprobada por la Posición Común del Consejo de la Unión Europea 2001/931/PESC (Diario Oficial Serie L, 344, de 28 de diciembre de 2001) sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, posteriormente actualizada por otra de 2 de mayo de 2002 (2002/340/PESC).

De esta manera se producía una coordinación de estrategias, o, mejor dicho, una verdadera dirección de la banda terrorista ETA y la organización KAS para con LAIA, HASI, y, a través de éstas, sobre HERRI BATASUNA; una situación que aseguraba tanto un pleno control de las estructuras de este último partido como que en su actuación cotidiana se plegase y ejecutara adecuadamente sus directrices.

1º.2.- LA CREACIÓN DE HERRI BATASUNA CON CARÁCTER INSTRUMENTAL Y LA ASIGNACIÓN EXTERNA DE FUNCIONES.-

A.- EL DESDOBLAMIENTO.-

La creación de HERRI BATASUNA, con independencia de las distintas personificaciones jurídicas que en el tiempo ha ido asumiendo en una estrategia calificable de sucesión operativa, es decir, pese a su posterior sustitución por EUSKAL HERRITARROK y por BATASUNA, responde a un designio expreso, compartido en su momento por las dos ramas de la banda terrorista ETA (ETA-POLÍTICO MILITAR, hoy desaparecida, y ETA-MILITAR), de articular un reparto coordinado de responsabilidades y tareas, entre la actividad terrorista y la política (conocido, en el seno de las referidas organizaciones, como “desdoblamiento”), cuyo objeto era obtener una mayor penetración en la sociedad para la consecución de sus fines y limitar los efectos de la acción policial sobre toda su estructura.

Esa decisión se remonta a su vez a una estrategia que fue diseñada por la propia banda terrorista ETA a partir de 1967, en la que, emulando ciertos procesos que por entonces se desarrollaban en otras partes del mundo frente a potencias coloniales (adaptándola a las muy diferentes circunstancias políticas, económicas y culturales que existían en nuestro país), decidió que su actuación había de proyectarse sobre cuatro supuestos “frentes”: el “militar”, el “político”, el “cultural” y el “obrero”. Esa inicial estrategia se tradujo, siete años después (en 1974), en otra decisión de mantener en la ilegalidad su acción “militar” (es decir, la más puramente terrorista) y, por el contrario, “desdoblar” (o articular una “separación táctica”) las demás acciones, que pasaban a ser desarrolladas desde entonces dentro de la legalidad. Para ello crea ETA un instrumento agrupador de todos aquellos frentes desdoblados, que denominó MOVIMIENTO DE LIBERACIÓN NACIONAL VASCO (MLNV). Por otro lado, a partir de 1976, atribuyó a la llamada KOORDINADORA ABERTZALE SOCIALISTA (KAS) las labores de dirección y liderazgo sobre todo el complejo organizativo creado. En las reuniones de esta “coordinadora” participaba ETA ostentando voto de calidad, es decir, en la práctica, dirigiéndolas. A partir de 1983 le fue atribuido a KAS, siempre por ETA, la condición de “Bloque Dirigente”, reforzando de esa manera su tarea de dirección.

B.- “LA UNIDAD POPULAR”.-

Dentro de aquel reparto de tareas se preveía que al partido político que después habría de surgir para ocuparse del “frente político o político-institucional” le correspondiera, agrupadamente, una doble función que en su diseño recibió una denominación, no descriptiva sino evocadora de una fórmula organizativa o nuevo paradigma, la “Unidad Popular”. Aquella doble tarea, que en su conjunción configuraba la nueva herramienta, sería: a) la participación en el juego electoral, y; b) actuar como aglutinante y elemento “dinamizador” de todas las fuerzas políticas próximas con el fin de atraerlas y de utilizarlas para la consecución de los objetivos de la banda terrorista.

Dicha asignación funcional externa, que luego se materializó en la creación de HERRI BATASUNA (consistente, como queda indicado, en la Unidad Popular) se ha mantenido invariable pese al transcurso del tiempo. Ello ha ocurrido con independencia de las distintas fórmulas jurídicas con las que esa función se ha ido revistiendo y con plena independencia también de la sucesión de unos partidos u otros en su desempeño.

De esa manera, los distintos partidos políticos hoy demandados ostentaban el carácter de instrumentales con respecto al rol o función asignados, el cual se convertía en el elemento inmutable y en el elemento referencial al que siempre se ha pretendido regresar, por los partidos demandados o por la organización terrorista ETA en su fiscalización del proceso, tantas veces como han sido detectadas desviaciones de curso sobre el modelo trazado.

Con independencia de las distintas personificaciones instrumentales que la función ha ido asumiendo, el liderazgo sobre la misma en modo alguno dependía de las dinámicas de poder (internas) propias de los distintos partidos políticos u organizaciones (HERRI BATASUNA primero y luego EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA), sino que siempre ha quedado confiado a aquel grupo de personas que gozaban de la confianza estricta de la banda terrorista ETA, y, como su delegada, de la ilegal organización KAS, hasta el punto de participar ETA en la selección de los miembros de sus Mesas Nacionales.

Del “desdoblamiento estratégico” diseñado por la organización terrorista ETA surgió, pues, un objetivo, la actuación en el terreno político-institucional, y una función determinada, la Unidad Popular. Una función cuyo desempeño era confiado a grupos de personas que eran sustituibles en razón del mantenimiento o pérdida de confianza de la banda terrorista ETA; y una función que se revestía de unas u otras formas instrumentales por imperativo de la adaptación a las coyunturas políticas que se iban sucediendo.

En este marco se producen, pues, las distintas personificaciones habidas, es decir, el nacimiento de la agrupación de electores EUSKAL HERRITARROK (luego transformada en partido político) y el partido político BATASUNA.

1º.3.- PASO DE HERRI BATASUNA A EUSKAL HERRITARROK.

A. Por Sentencia de fecha 1 de diciembre de 1997 la Sala Segunda del Tribunal Supremo condenó a los veintitrés miembros de la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA a sendas penas de siete años de prisión, quinientas mil pesetas de multa y suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la condena, por delito de colaboración con banda armada, por haber puesto a disposición de la banda terrorista ETA los espacios electorales gratuitos en los medios de comunicación que, como partido político, disfrutaba por su participación en las Elecciones Generales que se celebraban el 3 de marzo de 1996.

B. A consecuencia de esa circunstancia, por el temor que a partir de dicha Sentencia surgió de que HERRI BATASUNA pudiese ser objeto de ilegalización y, por tanto, como estrategia para limitar los efectos de semejante eventualidad, con el fin de suavizar además la imagen que HERRI BATASUNA poseía como especialmente próxima a la acción terrorista, y, aprovechando todo ello, con el objetivo de vincular o comprometer (“dinamizar”) a otros núcleos sociales a su proyecto, los responsables de HERRI BATASUNA decidieron, en una reunión celebrada el 2 de septiembre de 1998 en Oiartzun (Guipúzcoa), un cambio de denominación y de fórmula jurídica, constituyendo EUSKAL HERRITARROK (EH) como candidatura electoral para concurrir a las elecciones autonómicas de 25 de octubre de 1998.

C. Dicha candidatura electoral fue presentada el día 3 de septiembre de 1998 en la ciudad de Bilbao, con el apoyo complementario, espontáneo o inducido, de ciudadanos y sectores sociales que, en general, eran desconocedores del designio externo rector que la nueva organización heredaba y que iba a continuar desempeñando, y su permanente y renovado estado de sumisión a la organización terrorista ETA.

D. El 25 de noviembre de 1998 fue presentado por D. Pedro María Landa Fernández (la misma persona que después realizó idéntico acto con el partido político BATASUNA) en el Registro de Partidos Políticos un acta notarial, de 20 de noviembre de 1998, de constitución de EUSKAL HERRITARROK, pasando, por tanto, de ser una mera coalición electoral a articularse como un verdadero partido político. Dicho partido político fue inscrito en fecha 30 de noviembre de 1998 (Folio 585, del Tomo III del Libro de Inscripciones).

E. Pese a esa transformación aparente, la necesidad conjunta de continuar ejerciendo el control pleno sobre la nueva organización y el desempeño de la función asignada llevó a mantener sustancialmente a las mismas personas en los puestos de responsabilidad (produciéndose en ocasiones incluso la intervención de tales cargos indistintamente en calidad de representantes de una u otra formación, como es el caso de su portavoz, figura más representativa), así como a reproducir similares candidatos a las elecciones autonómicas.

F. En todo caso, las relaciones de convivencia entre la primera organización (HERRI BATASUNA) y la segunda (EUSKAL HERRITARROK), como consecuencia de la verdadera y común condición de ambas, de instrumentales al servicio de una finalidad superior, resultaba plenamente armónica; sin que pudieran ser en absoluto detectadas, por tanto, las tensiones que naturalmente habían de acompañar a la pérdida de poder por una organización y su sustitución por otra. Tampoco se detectó actividad jurídica de ninguna clase a la hora de transmitir locales, sedes o medios materiales, pese a lo cual esa sucesión en el uso se produjo. Y ocurrió, más aún, la circunstancia de que, a partir del nacimiento de la nueva organización, la anterior, pese a no haber sido objeto de disolución, dejó de presentar candidatos a los procesos electorales. Así sucedió en las elecciones autonómicas de 25 de octubre de 1998 y en las correspondientes al año 2001.

G. Por otra parte, la evidente necesidad para una organización política de ilustrar sobre sus circunstancias a los sectores sociales que potencialmente pudieran resultarles afectos, con el fin de evitar su desorientación, llevó a los nuevos dirigentes a poner de manifiesto, en sus declaraciones ante los medios de comunicación, los verdaderos fines y la realidad de la sucesión producida, así como, también, a ilustrar sobre ella de modo explícito a los militantes del primer partido político.

H. Todo el proceso de cambio de HERRI BATASUNA a EUSKAL HERRITARROK fue por último controlado y validado en su evolución por la banda terrorista ETA.

1º.4.- TRÁNSITO DE EUSKAL HERRITARROK A BATASUNA.-

A. El surgimiento de EUSKAL HERRITARROK (como agrupación de electores primero y como partido político después), en buena medida apresurado y condicionado por las circunstancias coyunturales que quedan expresadas en el apartado anterior, no impidió que entre sus responsables, los de HERRI BATASUNA (frecuentemente comunes) y la propia organización terrorista ETA, complementados todos ellos con la acción de ciertos sectores sociales que, fruto de la acción de “dinamización” social asignada a la Unidad Popular también se vieron comprometidos, surgiera un proceso de reflexión, denominado “proceso BATASUNA”, de fechas iniciales no precisas pero próximas a finales del año 1999.

Sin perder la relación de continuidad con sus antecedentes, el objeto de dicho proceso era proceder a la refundación de HERRI BATASUNA en el sentido de aproximarla nuevamente al “tipo ideal” de la Unidad Popular, intentando vincular una vez mas, por tanto, a cuantos sectores próximos pudieran coadyuvar a la consecución de sus

propósitos, y, sobre todo ello se añadiría, como nueva estrategia, una extensión de la acción política a territorios del País Vasco francés y Navarra, es decir, lo que era entendido como una “estrategia nacional”.

B. Dentro de dicho proceso, y por consecuencia de la “dinamización” dirigida sobre ciertos sectores, surgieron algunas opiniones discrepantes sobre el papel que habría de jugar la violencia terrorista. Tales discrepancias se tradujeron en algunas de las ponencias que fueron presentadas a debate en aquel proceso. Finalmente sin embargo la posición triunfadora, consecuencia del dominio que sobre todas las expresadas organizaciones (HERRI BATASUNA y EUSKAL HERRITARROK) tenía la banda terrorista ETA, le correspondió a la tesis más próxima a ésta, produciéndose en consecuencia una ratificación de la jerarquía del grupo terrorista sobre el conjunto organizativo final.

C. En fecha 3 de mayo de 2001, D. Pedro María Landa (es decir, la misma persona que realizó idéntica actividad con respecto al partido EUSKAL HERRITARROK) presentó en el Registro de Partidos Políticos dependiente del Ministerio del Interior acta notarial protocolizada de constitución del partido político BATASUNA.

D. El nacimiento de este partido político supuso una continuidad de acción, con presencia de las mismas o sustancialmente similares personas, coincidencia de algunos de los locales empleados e incluso con cesión y continuación de ciertos recursos o publicaciones, que procedentes de EUSKAL HERRITARROK, fueron asumidos y continuados por BATASUNA, como ocurrió con el Boletín Internacional de aquella primera formación.

E. Por fin, como ocurría en el caso anterior, la necesidad, para una organización política, de ilustrar sobre sus vicisitudes a los sectores sociales que potencialmente pudieran resultarles afectos, y de evitar su desorientación y la pérdida de energías, llevó a la antigua organización (EUSKAL HERRITARROK) a canalizar a sus militantes y simpatizantes hacia la naciente (BATASUNA), tanto en sus declaraciones ante los medios de comunicación como en su propia página web oficial, en la que, tras reconocer e indicar su integración en el partido sucesor, remitía directamente a su dirección web para posibilitar el mantenimiento de los canales de comunicación.

1º-5.- FACTORES COMPLEMENTARIOS DE CONEXIÓN ENTRE DICHOS PARTIDOS.-

La verdadera naturaleza de los partidos demandados, directa consecuencia de su origen en el “desdoblamiento estratégico” articulado por la organización terrorista ETA, del cual surgió la asignación funcional de la Unidad Popular como realidad inmutable y productora de un estado de sucesión operativa de organizaciones, se ha traducido, en la concurrencia de una serie de circunstancias fuertemente indicativas de esa misma realidad.

Entre ellas cabe destacar las siguientes:

1º. El mantenimiento de un grupo significativo y constante de responsables políticos a lo largo de la vida de los tres partidos, no dependiendo esa presencia, según queda indicado más arriba, de las vicisitudes y dinámicas de poder partidarias sino de las relaciones de confianza que en cada caso y momento concurrían con la organización terrorista ETA o con su organización instrumental KAS.

Entre estas personas se puede citar como las más significativas:

- D. Arnaldo Otegui Mondragón, quien, siendo portavoz del Partido Político HERRI BATASUNA lo fue también simultáneamente de EUSKAL HERRITARROK y finalmente

ha continuado desempeñando esa misma responsabilidad en el Partido BATASUNA. Esta persona a su vez formó parte de la Gestora Provisional de HERRI BATASUNA después de la condena de su Mesa Nacional por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Fue también candidato por el partido HERRI BATASUNA a las elecciones autonómicas de 23 de octubre de 1994 y lo fue también en las elecciones autonómicas de 25 de octubre de 1998, en la posición de cabeza de lista, por la provincia de Guipúzcoa.

- D. Joseba Permach fue elegido en 1995 Concejal del Ayuntamiento de San Sebastián por HERRI BATASUNA. El 14 de febrero de 1998 fue designado coordinador de su Mesa Nacional, cargo en el que continuó tras la asamblea de 12 de diciembre de 2000. En el nuevo partido, BATASUNA, fue elegido coordinador nacional de la nueva directiva en el mes de junio de 2001.

- D. Jon Idígoras fue Diputado al Parlamento Nacional por HERRI BATASUNA desde el año 1984. Fue a su vez miembro de su Mesa Nacional y condenado, por este concepto, por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En el acto de presentación de la plataforma EUSKAL HERRITARROK, el día 3 de septiembre de 1998, compareció ante los medios de comunicación, en unión de otros miembros de HERRI BATASUNA, dando de esa manera su apoyo expreso a la nueva organización y escenificando así ante sus bases tanto su posición personal como la continuidad del proyecto.

- Asimismo fueron miembros de la última Mesa Nacional del partido HERRI BATASUNA en el año 2000, y mantuvieron su condición en la Mesa Nacional del partido BATASUNA en el año 2001, las siguientes personas: D. Juan Cruz Aldasoro Jáuregui, D. Ibón Arbulu Rentería, D. Lorenzo Arcocha Meave, D. Joxé Fernando Barrena Arza, D. Ángel M^a Elcano Echeveste, D. Jon Gorrotxategi, D. Santiago Pio Quiroga Astíz, D. Eusebio Lasa Altuna D. Ignacio Angel Olalde Arana, D. Arnaldo Otegui Mondragón (respecto del cual, recuérdese que es el portavoz de las tres organizaciones), D. Joseba Permach Martín y D. Juan José Petricorena Leunda.

2º. El mantenimiento de similares candidatos a los distintos procesos electorales.

Fueron presentados el 7 de septiembre de 1998 como cabezas de lista para los comicios que se celebrarían el 25 de octubre, D. Arnaldo Otegui Mondragón (Guipúzcoa), que fuera anterior portavoz de la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA y que también asumió idéntica responsabilidad en EUSKAL HERRITARROK; D^a. Jone Goicelaya Ordorica (Vizcaya), anterior Parlamentaria vasca por HERRI BATASUNA; y D. Pedro Gordejuela Cortázar (Alava), miembro de la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA y dirigente del sindicato LAB, también integrado en KAS.

En el interior de las listas electorales, aunque no ya en aquella condición capital, EUSKAL HERRITARROK presentó los siguientes candidatos, cuyas vinculaciones con la anterior organización se reflejan adjuntas: D^a Miren Aurkene Astibia (concejal en Rentería y Parlamentaria de HERRI BATASUNA), D. José Antonio Echeverría Arbelaiz (actualmente en prisión por ser considerado como el máximo responsable de finanzas de KAS), D. Iñigo Iruin Sanz (parlamentario de HERRI BATASUNA), D. Jon Salaberria Sansinea (ex-portavoz de Jarrai –incluida en la lista de organizaciones ilegales de la Unión Europea y declarada ilegal por el Juzgado Central de Instrucción n^o 5), D^a Esther Aguirre Ruiz (miembro de la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA), D. José Antonio Urruticoechea Bengoechea (máximo responsable político de ETA hasta su detención en 1989 y actualmente huido de la justicia), D. Sabino del Bado González (abogado, adscrito a la oficina de HERRI BATASUNA en Bruselas), D. Pedro Solabarria Bilbao (militante de HERRI BATASUNA), D^a Ana Lizarralde Palacios (ex-portavoz de Jarrai) y D. Txomin Ziluaga (ex dirigente de HASI, partido perteneciente a KAS, que se integró como mayoritario en el surgimiento de HERRI BATASUNA).

3º. Una sustancial coincidencia existe también, tanto en la denominación de los grupos parlamentarios en el Parlamento Vasco, como de sus miembros partícipes. Se han producido además significativos cambios de denominación (manteniendo no obstante los mismos efectivos en su interior) que no se corresponden con la efectiva

realización de procesos electorales, sino que surgen paralelos a las modificaciones y sucesiones estratégicas producidas dentro de los partidos.

Así, el grupo parlamentario denominado EUSKAL HERRITARROK pasó a denominarse BATASUNA a partir del 17 de julio de 2002. Ello ocurrió dentro de la misma legislatura y por tanto sin que este último partido, BATASUNA, hubiera comparecido a proceso electoral de ninguna clase.

Las coincidencias personales son igualmente llamativas. Así ocurre con D. Iñaki Antigüedad Auzmendi, que fuera miembro del Grupo Parlamentario HERRI BATASUNA en la cuarta y quinta legislaturas y que fue miembro del Grupo Parlamentario EUSKAL HERRITARROK en su sexta legislatura. Doña Juana María Goicelaya Ordorica formó parte a su vez de los Grupos Parlamentarios existentes en las legislaturas cuarta, quinta, sexta y séptima, y, por tanto, de los Grupos denominados HERRI BATASUNA y EUSKAL HERRITARROK; y como ha quedado antes indicado, sin celebración de proceso electoral de ninguna clase, forma parte del Grupo Parlamentario autodenominado BATASUNA. D. Iñigo Iruin Sanz formó parte también de los Grupos Parlamentarios aludidos en las legislaturas cuarta, quinta y sexta, es decir, tanto en los grupos de HERRI BATASUNA como de EUSKAL HERRITARROK. D. Arnaldo Otegui Mondragón que, como ha quedado expresado más arriba, ha sido portavoz de las tres organizaciones y que en el día de hoy lo es de la última de ellas, fue miembro del Grupo Parlamentario HERRI BATASUNA en la quinta Legislatura del Parlamento Vasco, en la sexta lo fue en representación del denominado EUSKAL HERRITARROK, y, en la séptima, formó parte de este mismo Grupo parlamentario EUSKAL HERRITARROK, si bien posteriormente pasó a denominarse BATASUNA.

4°. Sin haberse acreditado actividad jurídica de ninguna clase que sea demostrativa del efectivo traspaso de locales y sedes entre las formaciones demandadas, existe coincidencia entre las siguientes:

En la ciudad de Vitoria, la formación HERRI BATASUNA tenía un local en el número 6 de la calle Ramiro de Maeztu, que posteriormente fue ocupado por BATASUNA.

En la ciudad de Pamplona, HERRI BATASUNA tenía una sede en la calle Nueva, en su número 2, que posteriormente fue ocupada por EUSKAL HERRITARROK y por BATASUNA.

1.6°.- VINCULOS ADICIONALES DE CONEXIÓN CON LA BANDA TERRORISTA ETA.-

En apartados anteriores se ha expresado con detalle la forma en la que el Partido político HERRI BATASUNA (y posteriormente los que le sucedieron) vino a materializar aquella estrategia de “desdoblamiento” que fuera diseñada desde la organización terrorista ETA y a asumir, inicialmente, el desarrollo de la función de la Unidad Popular como elemento clave para simular, en un mismo instrumento, la participación en los procesos electorales y la coordinación, control y estímulo de todos aquellos sectores sociales que pudieran coadyuvar al complemento político de la actividad terrorista. También se ha expresado cómo en determinadas circunstancias la banda terrorista ETA cursaba instrucciones a los partidos demandados, bien por sí misma o bien a través de su organización delegada KAS. Se ha reflejado además en el lugar oportuno cómo las relaciones de plena sintonía que reinaban entre la banda terrorista y su acción (eufemísticamente denominada “lucha armada”) y sus partidos políticos instrumentales poseía escasas fisuras, y la manera en la que aquellas leves discrepancias que pudieron surgir en determinados momentos con respecto a la legitimidad e incluso la oportunidad estratégica de la acción terrorista fueron finalmente anuladas, recuperando la banda terrorista el modelo más sumiso a sus directrices.

En las líneas que siguen se consignarán, sin ánimo exhaustivo, ya que las conductas que se citarán son anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, una serie de hechos complementarios a los ya expuestos que en buena medida son muestra de las íntimas relaciones que han ido sucediéndose entre el grupo terrorista y los partidos políticos demandados.

El primero de ellos es el mantenimiento de un grupo altamente significativo de terroristas condenados por la justicia en puestos de la máxima responsabilidad de los partidos demandados. Otro de ellos hace referencia a la inserción de algunos de tales terroristas en las listas electorales, y, en los casos en que éstos fueron finalmente nombrados, su mantenimiento en dichos puestos.

Dentro del primer grupo citado, esto es, el referente a los órganos de dirección partidarios, resulta llamativo el hecho de que D. Arnaldo Otegui Mondragón, miembro de diversas Mesas Nacionales de dichos partidos y portavoz de los tres aludidos, fue condenado ejecutoriamente por Sentencia de 24 de febrero de 1989, dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como autor de un delito de detención ilegal (secuestro) a la pena de seis años de prisión. También los miembros de la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA y posteriormente de la Asamblea Nacional de BATASUNA D^a. María José Andueza Ortega, D. Florencio Aoiz Monreal, D. Anastasio Erquicia Almandoz, D^a Matilde Iturralde Martínez de Lizarditurralde, fueron condenados por Sentencia 2/1997, de 29 de noviembre, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por delito de colaboración con banda armada, Sentencia cuya eficacia será oportunamente tratada en líneas posteriores.

El aspecto de la inserción en las listas electorales es asimismo destacable. Así, tan sólo en una ocasión los partidos demandados presentaron un candidato a la presidencia del Gobierno Autónomo Vasco (Lehendakari). Dicho candidato fue D. Juan Carlos Joldi Múgica, que fue condenado a veinticinco años de prisión por delitos de terrorismo. Otro candidato de semejante nivel lo fue a la Presidencia del Gobierno Autónomo de la Comunidad de Navarra, que recayó en la persona de D. Guillermo Arbeloa Suverbiola, que fue condenado, por delito de terrorismo, en 1989 a veintitrés años de prisión. Fue candidato a la Presidencia del Parlamento Vasco D. Josu Urruticoechea Bengoechea (alias “Josu Ternera”), que fue condenado por terrorismo en Francia, en Sentencia de 26 de febrero de 1990, a diez años de cárcel y que en la actualidad se halla fugitivo de la Justicia. Entre los candidatos a concejales pueden ser citados D. Jorge (Gorka) Fraile Iturralde, que fue condenado por tres Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por delitos graves de terrorismo y, pese a todo, fue presentado como candidato a concejal por EUSKAL HERRITARROK en la localidad de Durango; D. Ignacio Crispín Garcés Beitia, que habiendo sido condenado por dos Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por graves delitos de terrorismo fue presentado como candidato por el partido EUSKAL HERRITARROK en el Ayuntamiento de Ochandiano; D. Sotero Echandi Juanicotena, que fue condenado por Sentencia de 20 de diciembre de 1982 por delito de tenencia ilícita de armas y presentado sin embargo como candidato por el partido EUSKAL HERRITARROK al Ayuntamiento de San Sebastián; D. José María Novoa Arroniz, condenado por la Audiencia Nacional por un delito consumado de asesinato terrorista y presentado como candidato suplente por EUSKAL HERRITARROK; y D. Sergio Polo Escobes, que fue condenado en cinco Sentencias por varios delitos de terrorismo, entre ellos uno de atentado con resultado de muerte y que pese a ello fue presentado como candidato por EUSKAL HERRITARROK por el Ayuntamiento de Uribe.

Con independencia ya de estos cargos mas representativos también en el interior de los Grupos Parlamentarios concurren circunstancias parejas a las aludidas, y así en el momento presente, cuatro de los siete miembros del Grupo Parlamentario denominado BATASUNA en el Parlamento Vasco han sido condenados por delitos de terrorismo. Estos son: D. Arnaldo Otegui Mondragón, que ya ha sido objeto de mención anterior; D. José Antonio Urruticoechea Bengoechea, también mencionado y condenado por

Sentencia dictada por el Tribunal Correccional de París de 26 de febrero de 1990 (en el presente momento huido de la Justicia); y D. Antón Morcillo Torres y D. Joseba Álvarez, condenados por Sentencia del Tribunal Supremo por cesión de espacios gratuitos a favor de la banda terrorista ETA, es decir, por delito de colaboración con banda armada.

1º.7º.- SISTEMAS DE CONTROL SOBRE EL CONJUNTO DE ORGANIZACIONES.

La banda terrorista ETA y, como su delegada, la organización KAS, ejercían la dirección y coordinación de HERRI BATASUNA y sus sucesores operativos por medio de los siguientes cauces, algunos de ellos ya destacados más arriba: a) por medio de la inserción en ella de dos de sus partidos más significativos, HASI y LAIA, realidad que le permitía en la práctica un control numérico; b) a través del mecanismo de la doble militancia de los miembros de HASI, luego sustituidos por los de ASK; c) manteniendo una intensa y directa (es decir, sin necesidad de intervención del partido) jerarquía sobre los militantes de HASI; d) a través de la figura de un “representante-coordinador Bloque-Unidad Popular”, es decir, un delegado de KAS, que debería participar, de modo imperativo, en las estructuras de dirección de HERRI BATASUNA y de quienes le sustituyeron posteriormente (lo que vale como afirmar que HERRI BATASUNA y estos otros aceptaban como legítima aquella inserción obligatoria); e) A través del establecimiento de directrices de actuación en las distintas reuniones que se celebraban entre KAS y ETA; f) cursando, la banda terrorista ETA, órdenes precisas ante supuestos concretos; g) fijando estrategias políticas o “campañas de actuación” para sus organizaciones subordinadas; h) seleccionando o fiscalizando, nuevamente la organización terrorista ETA, la conformación de los órganos directivos de los distintos partidos u organizaciones, como son sus respectivas Mesas Nacionales.

2.- ACTIVIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEMANDADOS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 6/2002.-

Con independencia y como complemento y continuación de cuanto se viene relatando en el apartado que sigue se procederá a establecer una enumeración de aquellos hechos que la Sala, como ocurría con los anteriormente expuestos, estima probados y que considera relevantes en orden a la aplicación de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica reguladora de los Partidos Políticos. Dichas conductas, expresión de la continuidad y unidad operativa, son relatadas cronológicamente las siguientes:

1. NEGATIVA DE BATASUNA A NOMBRAR REPRESENTANTES EN LA PONENCIA DEL PARLAMENTO VASCO QUE SE OCUPARÍA DE LA SITUACIÓN Y NECESIDADES DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO (3 DE JULIO DE 2002).

El 3 de julio de 2002 se constituyó en el Parlamento Vasco la Ponencia encargada del análisis de la situación y de las necesidades de las víctimas del terrorismo, procediendo todos los partidos políticos representados en la Cámara a designar a sus respectivos representantes en este nuevo órgano, a excepción de BATASUNA, que se negó a participar en dicha Ponencia con la excusa de considerarla “política, instrumental y parcial”.

2. DECLARACIONES DE D. ARNALDO OTEGUI EN RESPUESTA AL AUTO DICTADO POR EL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 5 DE LA AUDIENCIA NACIONAL QUE DECLARABA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE BATASUNA POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA MANIFESTACIÓN DE VIOLENCIA URBANA DENOMINADA “KALE BORROKA” (3 DE JULIO DE 2002).

El día 3 de julio de 2002, durante una rueda de prensa convocada por BATASUNA en relación con la decisión del titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional de declarar la responsabilidad civil solidaria de aquella formación por los daños económicos originados por la denominada violencia callejera o terrorismo callejero (“kale borroka”), D. Arnaldo Otegui, dirigente de BATASUNA, calificó al citado Juez de “marioneta al servicio del Estado español para aniquilar a la izquierda abertzale” y exhortó al pueblo vasco a responder “con contundencia a esta nueva agresión”, imputando al mencionado auto la generación de una “situación grave y antidemocrática”. Asimismo, D. Arnaldo Otegui negó “legitimidad” a las medidas que adopten los jueces españoles y franceses sobre cuestiones del País Vasco.

3. PARTICIPACIÓN DE D. ARNALDO OTEGUI EN LAS CAMPAS DE ALBERTIA (7 DE JULIO DE 2002)

El día 7 de julio de 2002 tuvo lugar un acto convocado por Acción Nacionalista Vasca en conmemoración de la batalla librada en el monte Albertia el 11 de noviembre de 1936.

En este acto participó también de manera destacada D. Arnaldo Otegui, quien tomó la palabra para afirmar: “Debemos seguir trabajando y luchando, sea en la legalidad o en la ilegalidad. Desde luego, no nos va a temblar el pulso, porque nos encontramos en un contexto histórico en el que debemos hacer irreversible el proceso iniciado”. Asimismo, D. Arnaldo Otegui aseguró que la izquierda abertzale está llevando a cabo “una estrategia ganadora que no van a poder frenar ni con la Guardia Civil, ni con las CRS, ni con la Audiencia Nacional”.

4. APOYO DEL ALCALDE Y UN CONCEJAL DE BATASUNA EN UNA MANIFESTACIÓN DE APOYO A TERRORISTAS PERTENECIENTES A ETA, RESIDENTES EN VENEZUELA (13 DE JULIO DE 2002).

El día 13 de julio de 2002 se celebró una manifestación en la localidad de Lezo, en protesta por la extradición y entrega al Gobierno español de personas vinculadas a la banda terrorista ETA, residentes en Venezuela. En el curso de esta manifestación fueron detenidos el alcalde de la localidad, D. Aitor Sarasola, y el edil, D. Mikel Mitxelena, ambos pertenecientes a BATASUNA, que participaban en la misma portando una pancarta en apoyo de dichas personas, con el anagrama de Gestoras Proamnistía pintado sobre ella.

D. Aitor Sarasola había formado parte la semana anterior de una expedición que había visitado Venezuela para exponer ante las autoridades de este país la situación en que se encontraban los seis miembros de ETA que allí vivían y reclamar de aquellas el fin del proceso de extradición al que estaban sometidas esas personas.

Las concentraciones en favor de personas vinculadas a la organización terrorista ETA tuvieron lugar también en otras localidades del País Vasco, entre las que cabe citar las de Ziburu, Zornotza, Elgoibar, Azkoitia y Arrasate.

5. DECLARACIONES DE D. JOSETXO IBAZETA, PORTAVOZ MUNICIPAL DE BATASUNA, EN LA CONCENTRACIÓN CELEBRADA EN LA COMANDANCIA DE MARINA DE SAN SEBASTIÁN (16 DE JULIO DE 2002)

El día 16 de julio de 2002, BATASUNA convocó una concentración ante la Comandancia de Marina de San Sebastián, en el curso de la cual los concentrados profirieron insultos contra diversas autoridades estatales, entre las que se

encontraban el senador del partido Popular por Guipuzcoa, D. Gonzalo Quiroga, y el Subdelegado del Gobierno, D. Juan Antonio Foncillas, y corearon gritos en euskera de “Armada española fuera”, “que se vayan” y “dejadnos en paz, fuera de aquí”.

Asimismo, en dicho acto el portavoz municipal de BATASUNA, D. Josetxo Ibazeta, explicó que la concentración de militantes de su organización ante la Comandancia de Marina tenía por objeto “decirles [a las autoridades estatales] que no podrán pasear con impunidad por Euskal Herria y que escuchen que el pueblo está en marcha y no retrocederá un solo paso”.

6. DECLARACIONES DE D. JOSE ENRIQUE BERT, PORTAVOZ DE BATASUNA EN EL AYUNTAMIENTO DE VITORIA (19 DE JULIO DE 2002).

El día 19 de julio de 2002, durante la celebración de una sesión plenaria en el Ayuntamiento de Vitoria se produjo un enfrentamiento dialéctico entre el alcalde del consistorio, D. Alfonso Alonso, perteneciente al Partido Popular, y el portavoz de BATASUNA en dicho Ayuntamiento, D. Jose Enrique Bert, cuando éste manifestó que su grupo, BATASUNA, “tiene un claro compromiso con los derechos humanos”, comentario que el alcalde calificó de “cínico” por haberse negado aquella formación a “condenar los cuarenta asesinatos que ha habido en esta legislatura, ocho de ellos de concejales del Partido Popular y del PSE”.

En respuesta a esto, D. Jose Enrique Bert señaló que BATASUNA “no aspira a que ETA deje de matar, sino que Euskal Herria no tenga ningún tipo de violencia y que los que la practican dejen de existir”.

7. NEGATIVA DE BATASUNA A CONDENAR EN PLENO MUNICIPAL LA CAMPAÑA DE AMENAZAS SUFRIDA POR LOS EDILES DEL PSE-EE DEL AYUNTAMIENTO DE AMOREBIETA (30 DE JULIO DE 2002).

El día 30 de julio de 2002 el Pleno del Ayuntamiento de Amorebieta aprobó una moción que condenaba la campaña de amenazas sufrida por los concejales del PSE-EE, D. Antonio Castellet y D. Alberto Borobia, cuyos rostros habían aparecido impresos en unos pasquines colocados en diferentes lugares de la localidad, en los que se les advertía que “pagarán lo que han hecho”, en clara alusión a su postura política de abierta oposición a la actividad terrorista y defensa de los valores constitucionales.

Esta moción condenatoria de la que constituía la tercera campaña de acoso en el mismo año del entramado de apoyo a la banda terrorista hacia los mencionados concejales, fue aprobada con el voto favorable de todos los partidos políticos representados en la Corporación Municipal, a excepción de BATASUNA, que se abstuvo en la votación.

8. RUEDA DE PRENSA OFRECIDA POR EL ALCALDE Y EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL AYUNTAMIENTO DE ONDARROA, D. LOREN ARKOTXA Y D. AITOR ARTETXE, EN RELACIÓN CON LA POSIBLE ENTREGA A ESPAÑA DE D. KEPA BADIOLA, MIEMBRO DE ETA CONDENADO EN FRANCIA (2 DE AGOSTO DE 2002).

El día 2 de agosto de 2002 tuvo lugar en Ondarroa una rueda de prensa convocada por los familiares de D. Kepa Badiola, miembro de ETA condenado a siete años de prisión en Francia, en protesta por su eventual entrega a las autoridades españolas una vez cumplida la condena impuesta por los Tribunales franceses. En ella participaron el alcalde y el presidente de la Comisión de Derechos Humanos del

Ayuntamiento de la citada localidad, D. Loren Arkotxa y D. Aitor Artetxe, ambos pertenecientes a BATASUNA.

En el curso de la mencionada rueda de prensa, Doña Kontxita Badiola, hermana del citado preso y también interviniente en el acto, calificó a éste como “refugiado político”, concepto que fue implícitamente asumido por D. Loren Arkotxa, quien enmarcó la situación de D. Kepa Badiola “en el contexto de represión contra el movimiento abertzale”, ofreciendo su respaldo al citado preso y a “todos aquellos que están en la misma situación”.

9. NEGATIVA DE BATASUNA Y SUS DIRIGENTES A CONDENAR EL ATENTADO DE SANTA POLA EN EL QUE MURIERON DOS PERSONAS (4 DE AGOSTO DE 2002 Y DÍAS POSTERIORES).

El día 4 de agosto de 2002 la banda terrorista ETA cometió un atentado en Santa Pola (Alicante), mediante la colocación de una bomba, que provocó la muerte de dos personas, una de las cuales era una niña de seis años. Al día siguiente, D. Arnaldo Otegui, dirigente y portavoz de BATASUNA, ofreció una rueda de prensa en Pamplona, en el curso de la cual omitió cualquier expresión de condena del referido atentado, al que calificó como “consecuencia dolorosa” de la falta de solución del “conflicto político” que se vive en el País Vasco. Asimismo, D. Arnaldo Otegui imputó al Presidente del Gobierno español, Sr. Aznar, la responsabilidad del alargamiento del “conflicto” por el mantenimiento de una política que conduce a “ninguna parte”, acusándole de “ser responsable en primera persona” de lo “que está ocurriendo en estos momentos y de lo que pueda ocurrir en el futuro”.

En relación con el mencionado atentado, la Junta de Portavoces del Parlamento Vasco, reunida el día 7 del mismo mes, aprobó una resolución en la que calificaba el doble crimen de Santa Pola como “particularmente repugnante”, y de nuevo ejemplo “de la cobardía, crueldad e inhumanidad de sus autores” y de quienes “apoyan esta siniestra actividad”. Este acuerdo no fue suscrito por BATASUNA, que presentó un texto alternativo, mientras que D. Antton Morcillo, dirigente de dicha formación, lejos de condenar sin ambages el atentado, se refirió a éste como “lo sucedido en la localidad de Santa Pola”, atribuyéndolo a “la situación de conflicto que vive Euskal Herria” y manifestando que “el conflicto armado es una expresión dolorosa del conflicto político”, tesis coincidente incluso en su formulación literal con la defendida por el también dirigente de BATASUNA, D. Arnaldo Otegui, en declaraciones efectuadas dos días antes.

Asimismo, D. Anttón Morcillo afirmó que la expresada “valoración política” por él realizada, referida a la falta de condena de los atentados de ETA y a la consideración del “conflicto armado” como “una parte del conflicto político”, constituía una “seña de identidad” de BATASUNA. Con ello aludía a la posición finalmente triunfante, en el proceso de constitución de este partido, de mantenimiento y defensa de las tesis más próximas a la banda terrorista ETA y de asunción de su posición preeminente sobre la estructura política.

En el mismo sentido, los días 5 y 21 de agosto de 2002 diversas instituciones del País Vasco y Navarra, entre las que cabe citar los Ayuntamientos de San Sebastián, Vitoria, Pamplona, Portugalete, Irún y el Parlamento de Navarra, hicieron públicos comunicados de inequívoca repulsa del atentado cometido por ETA en Santa Pola, que fueron suscritos por la totalidad de los grupos políticos en aquellas representados con la excepción de BATASUNA, que se abstuvo de condenar la criminal acción de la mencionada banda terrorista.

10. UTILIZACIÓN DEL ANAGRAMA DE GESTORAS PROAMNISTÍA EN AYUNTAMIENTOS GOBERNADOS POR BATASUNA Y EN LA PÁGINA WEB DE ESTA ORGANIZACIÓN.

Las actividades de la organización Gestoras Proamnistía fueron tenidas como ilegales en virtud de auto del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2001, por ser parte integrante de ETA-KAS-EKIN. Posteriormente Gestoras Proamnistía fue incluida en la Lista Europea de Organizaciones Terroristas, aprobada por la Posición Común del Consejo de la Unión Europea 2001/931/PESC -Diario Oficial Serie L, 344, de 28 de diciembre de 2001- sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y actualizada por otra de 2 de mayo de 2002 (2002/340/PESC), en razón a su condición de organización satélite de la banda terrorista ETA.

Sin embargo, a partir de la ilegalización de esta organización y, en todo caso, después del 29 de junio de 2002, BATASUNA ha continuado realizando actividades que hasta aquel momento desarrollaba Gestoras Proamnistía, muy especialmente en relación con la campaña Euskal Presoak Euskal Herrira (Presos Vascos a Euskal Herria) o Euskal Presoak Etxera (Presos Vascos a casa), adoptando BATASUNA como propios los símbolos que aquella organización utilizaba para representar el acercamiento de los presos de ETA al País Vasco o la amnistía para ellos.

En este sentido, los días 9 a 11 de agosto de 2002 en treinta y ocho Ayuntamientos del País Vasco (de los que treinta y cinco eran gobernados por BATASUNA) pendían de las fachadas de dependencias municipales pancartas con los símbolos con que la organización Gestoras Proamnistía había identificado su actividad hasta su ilegalización. Los Ayuntamientos mencionados eran los siguientes: Arratzu, Aulesti, Dima, Elorrio, Gatika, Lekeitio, Mallabia, Mendexa, Muñitibar, Ochandiano, Ondarroa, Orozco, Aizarnazabal, Altzo, Amenzqueta, Anoeta, Anzuola, Arechavaleta, Astigarraga, Belaunza, Cestona, Cizurquil, Escoriaza, Hernani, Ibarra, Itsasondo, Itsaso, Leaburu, Lezo, Mondragón, Motrico, Oresa, Oyarzun, Pasajes de San Juan, Tolosa, Usurbil, Villabona y Zaldibia.

Asimismo, el mapa representativo de la campaña Euskal Presoak Herrira se incluía en la página web de BATASUNA el día 8 de agosto de 2002, al igual que en la página de dicha organización en el Ayuntamiento de Baracaldo el día 10 de agosto de 2002. Del mismo modo, en la web oficial del Ayuntamiento de Astigarraga, gobernado por BATASUNA, se incluían el 9 de agosto de 2002 el mapa de la campaña descrita y tres fotografías de presos de ETA exponiendo su situación penitenciaria.

11. ACTITUD DE DIRIGENTES DE BATASUNA EN MANIFESTACION CELEBRADA EN SAN SEBASTIÁN (11 DE AGOSTO DE 2002).

El 11 de agosto de 2002 tuvo lugar en San Sebastián una manifestación convocada por BATASUNA, encabezada por los dirigentes de dicha organización D. Arnaldo Otegui, D. Joseba Permach y D. Joseba Álvarez.

La referida manifestación se desarrolló entre gritos de apoyo a los presos de ETA y expresiones claramente amenazadoras como “Zipayo, escucha, pim, pam pum” (alusión insultante dirigida a los funcionarios de la policía autonómica, a los que despectivamente aquel sector social denomina “cipayos” por su función de garantía de la seguridad ciudadana), “Jo ta ke irabazi arte” (“Dále hasta ganar”), “Borroka da bide bakarra” (“La lucha es la única vía”) y “Zuek faxistak zarete terroristak” (“Vosotros fascistas sois los terroristas”).

En el curso de la manifestación se produjo un altercado cuando varios de los manifestantes agredieron a un cámara de televisión, hecho que los Agentes de la Policía Autónoma Vasca pusieron en conocimiento de D. Arnaldo Otegui, dando éste las instrucciones correspondientes al personal de seguridad de la manifestación, que solucionó inmediatamente el incidente.

El acto finalizó, tras las intervenciones de los mencionados dirigentes de BATASUNA, con gritos de “Gora ETA militarra” (Viva ETA militar) por los participantes, sin que aquellos adoptaran una actitud de mínima oposición o desaprobación hacia todos estos hechos que tuvieron lugar en su presencia.

12. EXHIBICIÓN PÚBLICA DE PANCARTAS DE APOYO A LA ACTIVIDAD TERRORISTA O A QUIENES LA PRACTICAN EN AYUNTAMIENTOS GOBERNADOS POR BATASUNA (12 DE AGOSTO DE 2002).

Los días 12 y 14 de agosto de 2002, en las fachadas del Gaztetxe de Elorrio y de las dependencias municipales de los Ayuntamientos de Oiartzun, Hernani, Ondarroa y Lequeitio, gobernados por BATASUNA, figuraban colgadas pancartas y carteles conteniendo frases alusivas al traslado de los “presos vascos a Euskal Herria”, así como fotografías de personas condenadas por actividades terroristas.

13. CONTENIDO DE LA PÁGINA WEB DE EUSKAL HERRITARROK (13 DE AGOSTO DE 2002).

El día 13 de agosto de 2002, a requerimiento del Abogado General del Estado, un Notario de Madrid levantó acta haciendo constar el resultado de su observación directa sobre el contenido de la dirección www.euskal-herritarrok.org, a disposición y libre acceso al público a través de internet.

De entre los diversos contenidos de la página, el referido Notario dio fe de los siguientes extremos:

a) Existencia de un enlace directo de la página www.euskal-herritarrok.org con la dirección www.batasuna.org, indicándose en aquélla “el próximo traslado de contenido a BATASUNA”. En la cabecera de dicha página, incorporada al acta notarial como documento nº 1, se señalaba que el Boletín Internacional número 02 de EUSKAL HERRITARROK se encontraría dos meses después en la página de BATASUNA, “pues la nueva organización de la izquierda de Euskal Herria ha recogido el testigo de ofrecer la verdadera cara de nuestro pueblo al mundo”. En el mismo documento se indicaba expresamente que EUSKAL HERRITARROK “se integra” en BATASUNA, nueva organización nacida el 23 de junio de 2001, así como que “euskal-herritarrok.org se despide, pues, para dar paso a www.batasuna.org”.

b) Existencia en la página principal de EUSKAL HERRITARROK de un subapartado, denominado “Dinámicas”, en el que se hacía referencia y se daba publicidad a fotografías tomadas en una manifestación convocada por EUSKAL HERRITARROK. En la página de destino, que el Notario incorporó a su acta, impresa en dos hojas, como documento nº 2, constaban nueve fotografías. En varias de éstas aparecían manifestantes portando pancartas con la leyenda “EUSKAL PRESOAK EUSKAL HERRIRA” y fotos de rostros de personas con los nombres escritos debajo, pudiendo leerse en uno de éstos “Julian A. Perez”.

c) Existencia en la página principal de un enlace con “eraiki”, accediéndose a través del mismo a un subapartado denominado “Jose Petrikorena”, en el que se reproducían

las declaraciones de éste, que fueron incorporadas al acta notarial impresas en trece folios como documento nº 4.

En este documento se plasmaba una entrevista realizada a D. Juan Jose Petrikorena, responsable del gabinete de comunicación de EUSKAL HERRITARROK durante los tres últimos años, antiguo militante y concejal de HERRI BATASUNA en Andoain, encarcelado en tres ocasiones, en la que atribuía a los Estados español y francés “una política de acoso y derribo, articulado a nivel mediático, judicial y político, no ya contra la izquierda abertzale, sino en contra de todo lo que suponga la defensa de los derechos democráticos”, acusando al Partido Popular y al Partido Socialista de actuar “en clave antidemocrática y franquista”, “con la misma estrategia de hace 30 años, conculcando el conjunto de derechos democráticos que le corresponden a este país”, y calificando la situación del País Vasco como de “conflicto político”. En este sentido, el entrevistado manifestaba expresamente que “la lucha armada de ETA” demostraba “el conflicto político en toda su crudeza”.

d) Existencia de un acceso desde la página principal, sólo en euskera, al mapa de la Web, que permitía, a su vez, acceder al subapartado “hauteskundera/98.99.00”. Este subapartado incluía un vídeo en el que podía verse y escucharse cómo los manifestantes proferían numerosos gritos contra la bandera española, repetían “GORA ETA MILITARRA”, portaban pancartas con fotos de diversas personas, y cómo “varios encapuchados (vestidos con trenkas o blusones negros, y ocultando su rostro para hacer imposible su identificación, mediante una boina y una capucha negras) reparten propaganda entre los manifestantes”.

Estas imágenes constituían parte del contenido de la dirección “www.euskal-HERRItarrok.org/eraiki.8/bideoak/02.rm”, lo que fue certificado por el Notario autorizante.

14. DECLARACIONES DE D. ARNALDO OTEGUI EN RUEDA DE PRENSA DE BATASUNA CELEBRADA EN BILBAO (21 DE AGOSTO DE 2002).

El día 21 de agosto de 2002, durante una rueda de prensa convocada por BATASUNA y celebrada en Bilbao, el dirigente de esta organización, D. Arnaldo Otegui, calificó la situación creada por la decisión del Juez titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, de iniciar los trámites para suspender la actividad de BATASUNA, de “emergencia nacional”, enmarcando esta decisión judicial en una “estrategia genocida del Estado español” que busca el “aniquilamiento de la izquierda abertzale”.

D. Arnaldo Otegui se refirió a continuación a esa estrategia del Estado, que según sus manifestaciones habría sido diseñada veinticinco años antes, señalando que “han fracasado en la política de genocidio contra el conjunto del pueblo vasco”, porque lo que “buscan finalmente es aniquilar todas las señas de identidad de este pueblo”, y acusó al Estado español de asesinar a miembros de HERRI BATASUNA.

Asimismo, el citado dirigente de BATASUNA calificó al Juez titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional de “marioneta al servicio del Estado” y proclamó que el pueblo vasco va a “organizarse” y “pelear” para que nunca más un “señorito fascista español” pueda decir a los vascos qué tienen que aprender ni cómo tienen que ser sus instituciones.

Además, D. Arnaldo Otegui exigió a las tres fuerzas que integran el Gobierno Vasco “responsabilidad nacional y sentido común”, conminándoles a que “no se les ocurra ni se les pase por la cabeza utilizar sus mecanismos, de los que dispone porque el Estado

se los ha concedido, para golpear a BATASUNA”, y advirtiéndoles de que si colaboraban en la clausura de sus sedes se crearía “un escenario no deseado”.

Diversos medios de comunicación calificaron al día siguiente estas expresiones como constitutivas de clara “amenaza al Gobierno Vasco”.

15. DECLARACIONES DE D. JOSU URRUTICOECHEA EN ENTREVISTA A “EGUNKARIA” (23 DE AGOSTO DE 2002).

El día 23 de agosto de 2002, D. Josu Urruticoechea (alias “Josu Ternera”), representante de BATASUNA en el Parlamento Vasco, actualmente huido de la Justicia, concedió una entrevista a la revista Euskaldunon Egunkaria, en la que afirmó que ETA es “un agente político que tiene sus propios instrumentos y objetivos”, y que “el asunto no es condenar las acciones de ETA. ETA no es el promotor de la lucha armada por capricho, sino la organización que ve la necesidad de utilizar todos los instrumentos para hacer frente al Estado”.

En la misma entrevista, D. Josu Urruticoechea justificó la prolongación de la violencia de ETA, al señalar: “Si todas las fuerzas abertzales se ponen de acuerdo para ser soberanos, de ahí vendrá la superación de la utilización de la fuerza de ETA, como dijeron en la época de Lizarra”.

Asimismo, D. Josu Urruticoechea acusó al Lehendakari (Presidente) del Gobierno Vasco de colaborar con “la estrategia destructora de Aznar” por haber manifestado que las instituciones vascas cumplirán la ley, en referencia a la decisión del Juez titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional de cerrar las sedes de BATASUNA.

16. DECLARACIONES DE D. JOSEBA PERMACH EN MÍTIN DE BATASUNA CELEBRADO EN BILBAO, TRAS LA MANIFESTACIÓN CONVOCADA POR BATASUNA CONTRA SU ILEGALIZACIÓN (23 DE AGOSTO DE 2002).

El día 23 de agosto de 2002 tuvo lugar en Bilbao una manifestación convocada por BATASUNA en contra de su ilegalización. En el curso de la misma, el dirigente de dicha organización, D. Joseba Permach, acusó a los representantes del PNV de carecer de “dignidad nacional” por mantener una postura de respeto a la legalidad española, advirtiéndoles de que lo importante no son “las transferencias ni los Estatutos”, sino la “autodeterminación”, exigiéndoles que “plantasen cara” al “enano mental y a su cuadrilla de fascistas”, en referencia al Presidente del Gobierno español, Sr. Aznar.

Asimismo, D. Joseba Permach señaló que antes de que presentaran las “veintitres razones, decían que eran siete, y lo dijeron porque les traicionó el subconsciente. Las siete razones son Araba, Bizkaia, Gipuzkoa, Nafarroa, Baxenafarroa, Lapurdi y Zuberoa, los siete territorios que les vamos a arrancar a los fascistas españoles y jacobinos franceses”.

D. Joseba Permach, además, instó a los participantes a “plantar cara, salir a la calle y responder con contundencia”.

17. ACTOS DE HOMENAJE A TERRORISTAS REALIZADOS DESDE AYUNTAMIENTOS GOBERNADOS POR LOS PARTIDOS DEMANDADOS Y EN ACTOS PUBLICOS EN LOS QUE ESTOS INTERVIENEN.

Los partidos políticos demandados han distinguido en diversas ocasiones, desde el 29 de junio de 2002, fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, a miembros de la banda terrorista ETA, mediante la adopción en los Ayuntamientos por ellos gobernados de acuerdos que comportaban un claro ensalzamiento de la actividad terrorista por éstos desarrollada.

En este sentido puede citarse la declaración de “hijo predilecto” del Ayuntamiento de Zaldibia del terrorista Hodei Galárraga, fallecido al explotarle el artefacto que transportaba, presumiblemente, para la comisión de un atentado, respecto del cual el alcalde y todos los concejales del citado Consistorio, pertenecientes a Socialista Aberzaleak (grupo en el que se integra BATASUNA), acordaron que su entierro y funeral fueran íntegramente sufragados por el Ayuntamiento.

En el mismo sentido, los concejales de BATASUNA en el Ayuntamiento de Legazpia propusieron que éste declarara “hijo predilecto” al preso de ETA Félix Gil Ramón Ostoa.

18. CONDUCTAS DE LOS REPRESENTANTES MUNICIPALES DE BATASUNA EN LOS AYUNTAMIENTOS DE VITORIA Y DE LASARTE-ORIA, REITERADAS DESDE EL 29 DE JUNIO DE 2002, DE HOSTIGAMIENTO A LOS REPRESENTANTES DE PARTIDOS NO NACIONALISTAS.

Desde el 29 de junio de 2002, los concejales de BATASUNA en los Ayuntamientos de Vitoria y de Lasarte-Oria han protagonizado múltiples incidentes durante la celebración de los plenos municipales, alterando el orden de éstos, dirigiendo insultos a los alcaldes y concejales de otras formaciones políticas no nacionalistas y acudiendo a los actos con camisetas que contenían leyendas coincidentes con las tesis sostenidas en cada momento por la banda ETA.

En la misma línea de actuación, el día 29 de junio de 2002, en el Ayuntamiento de Lasarte-Oria, su alcaldesa, Doña Ana Urchueguía y el resto de los concejales no nacionalistas tuvieron que refugiarse en el interior del Ayuntamiento ante las agresiones e insultos que proferían los seguidores de BATASUNA congregados en la plaza municipal, mientras éstos eran jaleados por dos de los concejales de BATASUNA.

En respuesta a las críticas formuladas por la alcaldesa ante esta actitud de los representantes y seguidores de BATASUNA, esta formación convocó una manifestación que tuvo lugar el día 30 de julio de 2002 en Lasarte, en la que los participantes exigieron “el fin del fascismo” y denunciaron “el montaje político y mediático” protagonizado por la alcaldesa Doña Ana Urchueguía.

19. PINTADAS, PANCARTAS Y CARTELES INCITANDO A LA LUCHA CONTRA EL ESTADO, CONTRA LAS PERSONAS QUE ENCARNAN SUS DISTINTOS PODERES, O CONTRA OTROS PARTIDOS POLÍTICOS O SUS MIEMBROS.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Partidos, producida el 29 de junio de 2002, los Ayuntamientos de Cestona, Ibarra, Motrico, Pasajes de San Juan y Zaldibia, gobernados por BATASUNA, han venido consintiendo el mantenimiento en las fachadas de las dependencias municipales de pintadas, pancartas y carteles incitando a la lucha contra el Estado, contra las personas que encarnan sus distintos poderes, y contra otros partidos democráticos, mediante la identificación del Presidente Aznar con el fascismo, la inclusión de la imagen del titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional en el centro de una diana, o la identificación de líderes del Partido Popular y del Partido Socialista Obrero Español

con el nazismo al que otro personaje tira, figuradamente, al cubo de la basura.

20. PERSISTENCIA DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGANICA 6/2002 DEL MISMO MODELO ORGANIZATIVO Y ACTIVIDAD DE COMPLEMENTO POLÍTICO DEL TERRORISMO.-

A partir del día 29 de junio de 2002, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002, los partidos demandados –ahora bajo la denominación BATASUNA- han seguido manteniendo idéntica estrategia y también una continuidad sustancial de actividades y declaraciones públicas respecto de los desplegados hasta aquel mismo momento, sin que, por tanto, desde ese instante, se haya producido alejamiento de ninguna clase con respecto a la organización terrorista ETA, ni cambio de actitud con relación a la legitimidad u oportunidad de la violencia terrorista. Consecuentemente, como ha quedado descrito a lo largo de todos los hechos antecedentes, tales partidos, han continuado desempeñando una actividad de complemento político constante de la banda terrorista ETA, en un régimen de sucesión operativa de esta función entre todos ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO: MARCO CONSTITUCIONAL, LEY DE PARTIDOS Y CONTEXTO HISTÓRICO.-

1º.- EL PLURALISMO POLÍTICO.-

1º.1.- EL PLURALISMO POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN.-

El artículo 1 de nuestra Constitución dispone que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su Ordenamiento Jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Ocupa por tanto el pluralismo político dentro del articulado de la Norma Suprema una posición preeminente, correspondiente, a su vez, con la condición de valor superior del Ordenamiento Jurídico que allí mismo se le atribuye. Esta condición comporta, desde luego, cierta dimensión trascendente o informadora del texto constitucional y del Ordenamiento Jurídico en su conjunto, pero en cierta medida también evoca un rango axiológico superior al que, en principio, pudiera predicarse de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales. Así lo ha hecho constar el Tribunal Constitucional en algún pronunciamiento, como por ejemplo ocurre en su Sentencia 97/2002, de 22 de mayo, o en su Auto 121/1984, de 29 de febrero.

No hay democracia sin pluralismo político. Así lo ha afirmado con toda contundencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su reciente Sentencia de 13 de febrero de 2003, una afirmación que sin matices de ninguna clase hace suya esta Sala. Pero más aun -añadimos nosotros- tampoco sin pluralismo político concurren dos de los atributos esenciales de la democracia, como son la libertad política o la ley como expresión de la voluntad general. Y es que, primeramente, así como pocas dudas puede haber en el hecho de que la libertad individual tiene por premisa inexcusable la presencia de garantía de facultades de opción, de manera que, cuanto más amplias

sean esas opciones, superiores facultades de decisión habrá y mayor será, en consecuencia, la libertad, algo parejo ocurre con la libertad política. La formulación a la sociedad del más amplio número posible de planteamientos sobre su propia realidad y de opciones para su transformación, y la facultad de elegir libremente entre todos ellos, confiere verdadera sustancia a la libertad política y, a su través, real dimensión a la democracia. Conocedor de ello, así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia de 12 de marzo de 2003, al indicar que “la apertura del ordenamiento a cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la realidad social constituye un valor que sólo cabe proteger y propiciar”. En pareja dirección, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (de lo Contencioso Administrativo) de 3 de febrero de 2003 (Sección Séptima) ha expresado que “en el seno de la democracia representativa, junto a las reglas y los procedimientos a través de los que se expresa la voluntad popular (...) late con especial fuerza el valor del pluralismo político”.

Pero además, como decimos, también la ley, como expresión de la voluntad general, ostenta cierta cualidad de síntesis de voluntades parciales (no sólo de las personas individuales sino también “de los grupos en que se integra”, como el artículo 9.2 de la Constitución se cuida de aclarar), por lo que sólo alcanza verdadero sentido y plenitud en un contexto de amplias facultades de formulación política, esto es, de pluralismo político.

Cabe afirmar, en otro orden de cosas, que pluralismo político no equivale sólo a tolerancia ante la pluralidad o ante la diferencia sino que el concepto constitucional evoca, más allá, una actitud comprometida de defensa de la existencia de esa misma pluralidad, por entender, como queda visto, que sólo en un ambiente rico de opiniones y planteamientos puede vivir la verdadera democracia. De esa manera, la existencia efectiva de un ambiente plural se convierte también en un interés jurídico a defender.

Sin embargo, esa posición preeminente del pluralismo político en nuestro sistema constitucional no presupone reconocerle un carácter absolutamente ilimitado, hasta el punto, por ejemplo, de que frente a su talante expansivo deban ceder derechos fundamentales de los demás. En otra vertiente, el verdadero pluralismo demanda a su vez espacio para todos. No debe suponer por ello amparo alguno para persona o grupos que precisamente quieran emplearlo para negárselo en sus actos a sus detractores. “El pluralismo y la democracia se basan en un compromiso que exige diversas concesiones por parte de los individuos o grupos de individuos, que deben aceptar a veces limitar algunas de las libertades de las que gozan con el fin de garantizar una mayor estabilidad del país en su conjunto”, ha afirmado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto Petersen contra Alemania) de 22 de noviembre de 2001.

1º.2.- PLURALISMO POLÍTICO Y PARTIDOS.-

La más precisa materialización de esta clase de pluralismo, el político, queda vinculada en nuestro texto constitucional a los partidos, respecto de los cuales no sólo se indica que dentro del mismo vivan, sino que llega a afirmarse que lo “expresan”, es decir lo materializan.

Aunque se incurra con ello en abundar sobre aspectos por demás evidentes, quizá sea oportuno resaltar en este lugar que el Tribunal Constitucional ha declarado “la importancia que se reconoce a los partidos políticos dentro del sistema constitucional, y la protección que de su existencia y de sus funciones se hace, no sólo desde la dimensión individual del derecho a constituirlos y a participar activamente en ellos, sino también en función de la existencia del sistema de partidos como base esencial para la actuación del pluralismo político” (STC 85/1986, FJ 2, y STC 15/2000, de 20 de enero).

Sobre la importancia capital de los partidos políticos en toda democracia y su íntima vinculación al pluralismo político se ha pronunciado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este, en su Sentencia (asunto Partido Socialista contra Turquía) de 25 de mayo 1998 (en idéntica dirección se ha pronunciado la Sentencia de 13 de febrero de 2003), por sólo citar alguna de las diversas en las que se ha abordado dicha cuestión, ha ratificado “su papel esencial para el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia”...

Ciertamente en otros lugares de nuestra Constitución existen menciones parciales al pluralismo. Así ocurre por ejemplo en su artículo 20.3, en el que se dispone que el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado y el acceso a ellos por los grupos sociales y políticos significativos respetará el “pluralismo de la sociedad”. Pero, como decimos, el pluralismo por antonomasia, con el calificativo de político, aquel pluralismo que se eleva al rango de valor superior del Ordenamiento Jurídico, es el que se materializa, el que “expresan”, los partidos políticos. Por esa razón vigorosa el artículo 6 de nuestra Constitución dispone que la creación de los partidos políticos y el ejercicio de su actividad son libres.

Aquella materialización del pluralismo que se reconoce a los partidos políticos conduce a su vez a garantizarles una esfera singularmente amplia de libertad de expresión, pues el pluralismo, como es llano, no sólo abarca la posesión de planteamientos sino que también alcanza a su transmisión libre a la sociedad. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 13 de febrero de 2003, ha indicado que “...la protección de las opiniones y la libertad para expresarlas en el sentido del artículo 10 del Convenio constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y asociación consagrada por el artículo 11. Esto se aplica en mayor medida al caso de los partidos políticos, habida cuenta de su papel esencial para el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia”... En otro lugar ha subrayado ese mismo Tribunal que “la libertad de expresión, preciosa para todos, lo es particularmente para los partidos políticos y sus miembros activos” (Sentencias de 30 de enero de 1998 y de 9 de junio de 1998).

1º.3.- INEXISTENCIA DE UN SISTEMA CONSTITUCIONAL DE “DEMOCRACIA MILITANTE”.-

Es por lo tanto dentro de esa premisa esencial que en nuestro texto constitucional rige (irradiada por el rango de valor superior del ordenamiento jurídico que se asigna al pluralismo político), en favor de un régimen de libertad política prácticamente ilimitada (en realidad absolutamente ilimitada en las ideas, no así en los actos a través de los que se pretenda su consecución), donde adquiere pleno sentido que nuestra Norma Suprema no haya optado por un sistema de “democracia militante”, sino por un sistema extremadamente tolerante, si se quiere “combativamente” tolerante, a favor de todos los postulados políticos.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 12 de marzo de 2003, abordando con ello una alegación que estaba presente en el recurso de inconstitucionalidad que resolvía, pero que ha sido reproducida en términos sustancialmente idénticos en el procedimiento que nos ocupa, ratificó que en nuestro ordenamiento constitucional “no tiene cabida un modelo de “democracia militante” (...) esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”, pues, ha aclarado luego, que para ello falta “el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta”.

Cabe por ello concluir, a la luz de lo indicado, que en nuestro sistema constitucional tienen cabida todas las ideas y todos los proyectos políticos, incluso, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 7 de diciembre de 1976 o 13 de febrero de 2003), aquellos que “ofenden, chocan o inquietan”. Tienen incluso cabida, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, aquellas ideas que fueren contrarias al sistema constitucional, pretendan su sustitución o derogación o, desde luego, postulen fórmulas de organización territorial distintas a las elegidas por el constituyente. Por esto último la Sala acepta y hace suya la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001, en la que se señala que “el hecho de que un grupo de personas pida la autonomía o incluso la secesión de parte del territorio del país, y por tanto, exija cambios constitucionales y territoriales fundamentales, no puede automáticamente justificar la prohibición de sus reuniones”...

La única exigencia al pluralismo, impuesta por el propio texto constitucional en plena sintonía con el Convenio de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, es que la defensa de sus postulados por los partidos debe hacerse respetando la legalidad y por cauces democráticos, nunca a través de la violencia y nunca cercenando derechos fundamentales de los demás, esto es, nunca aprovechándose de un marco constitucional de extrema amplitud para lesionar unos derechos fundamentales de las personas que ostentan un nivel no inferior de protección. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 3 de febrero de 2003 ha declarado en esa misma dirección que: “En la medida en que la democracia implica pluralismo, ampara la discrepancia y las formas en las que ésta pueda manifestarse, siempre que esa expresión sea, a su vez, respetuosa con los derechos de los demás”. Por su parte, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sala Segunda), en su Sentencia 2/1997, ha abundado en aquella dirección: ... “el sistema democrático español ampara en su seno la convivencia pacífica de corrientes sociales y actividades políticas discrepantes, incluso la de aquellas que preconizan postulados destinados a sustituir el esquema territorial constitucionalmente consagrado, pues precisamente la grandeza de la Democracia reside en asumir la discrepancia política y, digerir, además, planteamientos no violentos, por muy distintos que sean del programa que para regular su pacífica convivencia ha conformado la mayoría de los ciudadanos a través, usualmente, de su representación parlamentaria”.

La Ley Orgánica 6/2002 no es una ley represiva de la disidencia política, como sostiene la representación de la demandada, sino una ley que garantiza la supremacía de la constitución y el principio democrático en lo referente a la actividad de los partidos políticos, dentro del marco de los derechos que protege la Convención Europea de Derechos Humanos y de los límites establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De todo ello se sigue que en modo alguno, en ese contexto de máxima libertad política y pluralismo, pueda hablarse de “delitos políticos” o “delincuentes políticos”; unos conceptos que la única demandada comparecida utiliza en su discurso alegatorio y que los partidos demandados han empleado en múltiples ocasiones. Acaso tales conceptos se empleen intentando inducir al interlocutor a un determinado posicionamiento, por lo que, salvo que se presenten como ejecución de una estrategia coordinada con el terrorismo -aspecto que comporta introducir un matiz relevante- deben entenderse enmarcados en la libertad a discrepar. Pero eso no significa que este Tribunal deba compartirlas, ya que la naturaleza de los delitos deriva del bien jurídico objeto de protección que lesionan, no de la subjetividad fija, mudable o volátil, atinada o errónea, fija o episódica que en cada caso se incorpora a los motivos últimos del autor de un hecho. También por todo ello este mismo Tribunal rechaza enérgicamente la afirmación realizada por la representación de BATASUNA en su escrito de conclusiones (página 4) en el sentido de hallarnos, en el presente, ante un caso de “justicia política”, esto es, “del empleo de procedimiento legal para reprimir cierta disidencia política”, ya que, como queda indicado, aquel pluralismo político, entendido

en su mayor dimensión, es un valor jurídico que a esta misma Sala incumbe proteger con todos los instrumentos a su alcance.

Todos aquellos derechos fundamentales de las personas deben ser por tanto respetados a ultranza. Existe al respecto un consenso prácticamente unánime entre los países civilizados. Un consenso que no merece excepciones, reservas o derogaciones y que desde luego no puede quedar a expensas de alteraciones particulares en su escala de relevancia. En modo alguno además el Estado puede abdicar de la protección de esos mismos derechos fundamentales con todos los instrumentos que el Derecho proporciona.

1º.4.- LA LEY ORGÁNICA 6/2002, REGULADORA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.-

En plena armonía con ese clima de libertad política, y al propio tiempo de defensa de los derechos fundamentales, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, aclara que, a diferencia de otros ordenamientos, considera que “cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución”, siempre y cuando “no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos”. Esa misma exposición ratifica luego, en un razonamiento abundante que sin embargo no sobra, que “no se trata, con toda evidencia, de prohibir la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional”.

Por todo ello, esa misma norma no establece después causa alguna de ilegalización de partidos políticos por el hecho de ostentar determinados planteamientos políticos, sino, como luego se verá, porque su “actividad” vulnere los principios democráticos, porque con esa misma actividad persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, y por la realización de una serie de “conductas”, realizadas de forma reiterada y grave, que la propia ley pasa a describir y que serán objeto de detallado análisis cuando se proceda a estudiar la subsunción en los preceptos legales de las conductas de los partidos demandados que este Tribunal ha declarado como probadas.

1º.5.- LA VIOLENCIA COMO MÉTODO POLÍTICO.-

Ha quedado indicado por tanto que ni el talante expansivo del pluralismo político en nuestra Constitución, ni los convenios internacionales suscritos por España (a caballo de su jurisprudencia aplicativa nos hemos venido refiriendo al Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) toleran la lesión de los derechos fundamentales de los demás. Una lesión que sin embargo aparece al instante en cuanto por un partido político se exhorta a la violencia o ésta se justifica, y, desde luego, con mucha mayor razón, cuando esa violencia es ejercida por grupos terroristas y lo que hace un partido político es otorgarle amparo.

De ello se ha ocupado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 31 de julio de 2001: ... “un partido político cuyos responsables inciten a recurrir a la violencia o propongan un proyecto político que no respete una o más regla de la democracia o que contemple la destrucción de esta, así como el desprecio de los derechos y libertades que reconoce, no puede invocar la protección del Convenio contra las sanciones infligidas por estos motivos”. También al terrorismo dicho Tribunal ha dirigido algunos pronunciamientos, reconociendo, primero, las

dificultades que su combate conlleva (STEDH Irlanda contra el Reino Unido, caso Aksoy contra Turquía de 18 de diciembre de 1996, Partido Comunista Unificado y otros contra Turquía de 30 de enero de 1998, Partido de la Prosperidad contra Turquía de 31 de julio 2001), y luego declarando que “la victoria sobre el terrorismo es un interés público de primera magnitud en una sociedad democrática” (Sentencia -caso Petty Purcell y otros contra Irlanda- de 16 de abril de 1991).

Las invocaciones a la violencia o su justificación, por tanto, no sólo autorizan las restricciones de la actividad de los partidos políticos sino, también, de su libertad adicional de expresión. La Sentencia de 2 de octubre de 2001, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado también que “Un factor esencial a tener en cuenta es la cuestión de si ha habido una llamada al uso de la violencia, un levantamiento o cualquier otra forma de rechazo de los principios democráticos (...) cuando haya habido incitación a la violencia contra una persona, o un agente público o un sector de la población, las autoridades del Estado gozan de un más amplio margen de apreciación al examinar la necesidad de una injerencia en la libertad de expresión”... Aunque ciertamente esas llamadas a la violencia que justifican la limitación de la libertad de los partidos políticos nunca pueden ser episódicas o excepcionales, sino que tienen que ser reiteradas, o más aún, como ha se ha visto y después se abundará y en nuestro caso ocurre, fluyan de un reparto consciente de tareas entre el terrorismo y la política; en palabras de la Abogacía del Estado (página 34 de su escrito de conclusiones) cuando esa actitud con respecto a la violencia esté “en relación directa con la complementariedad de HERRI BATASUNA respecto de ETA”, pues ETA concibe “la justificación de la necesidad del terrorismo como una de las funciones” que corresponden a HERRI BATASUNA. Bien distinta es, por tanto, la situación abordada en el presente procedimiento de la resuelta por el Tribunal Europeo en su Sentencia (Partido de la Democracia contra Turquía) de 10 de diciembre de 2002, donde no consideraba proporcional la injerencia en la actividad de un partido por declaraciones que, aun incitando a la violencia, se contenían en un discurso aislado (en esta misma línea, Sentencia Incal contra Turquía o Sentencia Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden contra Bulgaria, de 2 de octubre de 2001).

2º.- CONTEXTO HISTÓRICO Y SOCIAL.-

El contexto histórico y social en el que la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, reguladora de los Partidos Políticos, es promulgada, y en el que se sitúa el presente proceso, en el cual las distintas partes actoras pretenden la ilegalización de tres partidos políticos, está caracterizado por la lucha contra el terrorismo y contra aquellos instrumentos políticos y organizaciones que lo apoyan y amparan. Por ello, con el fin de situar adecuadamente en la realidad social (criterio interpretativo impuesto por el artículo 3 del Código Civil) el contenido y alcance de esta norma, y de explicar al propio tiempo la actividad probatoria desplegada en el proceso, será preciso describir, aunque sea de forma somera, la importancia que la violencia terrorista ha tenido en las más reciente historia de España y en el normal desenvolvimiento de las instituciones democráticas y de la vida ciudadana. Para ello será preciso acudir tanto a los hechos que por su difusión y notoriedad forman parte integrante de la memoria colectiva subyacente del pueblo español y de esta Sala, como, en mucha mayor medida, al conjunto de la actividad probatoria desplegada en el curso del procedimiento.

El terrorismo no es un problema doméstico ni circunstancial, sino que afecta a toda la comunidad internacional. Pero la sociedad española lo viene sufriendo con especial intensidad desde hace décadas y con un altísimo coste de vidas humanas.

Por ello, la justificación de la violencia no constituye en nuestro país una mera actitud teórica sino la adopción de una práctica política incompatible con el respeto a la Constitución que impone su artículo 6. España, desde el advenimiento de la

democracia, ha tenido que soportar atentados terroristas de distintas organizaciones criminales. Pero sin duda la actividad terrorista que mayor impacto ha tenido en nuestra sociedad la ha desarrollado la banda ETA, que viene actuando en nuestro país desde hace mas de 30 años. Durante ese tiempo ha causado cerca de 1000 muertos (tan sólo entre el periodo comprendido entre 1978 y 1980 asesinó a casi trescientas personas), hombres, mujeres y niños. Ha llevado también a cabo más de 80 secuestros, y ha sometido a la sociedad (en especial a su tejido empresarial) a innumerables amenazas y extorsiones a través de lo que eufemísticamente denomina "impuesto revolucionario", logrando, a través de una plural forma de actuar, sembrar el terror entre todos aquellos ciudadanos que no comparten sus ideas y objetivos o se oponen a ellos.

Además, ETA ha atentado en este tiempo contra representantes de las más altas y variadas instituciones del Estado, como el Presidente o miembros del Gobierno o el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Ha llegado incluso a intentar asesinar a los Reyes de España en Palma de Mallorca. Ha asesinado o secuestrado a militares, a miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, autonómicas y locales, a periodistas, a políticos, a empresarios, a funcionarios de prisiones, a concejales, a profesores de Universidad, a jueces y fiscales, a ingenieros etc... Y lo ha realizado por causa de pertenecer o haber pertenecido a una determinada institución, cuerpo o empresa, por haber manifestado sus opiniones contrarias al terrorismo o sus fines, o por negarse a pagar aquella extorsión llamada "impuesto revolucionario".

En la ejecución de estos asesinatos ha utilizado toda clase de procedimientos sin reparar un instante en las muertes o graves lesiones que han producido, indiscriminadamente, a hombres, mujeres o niños ajenos a su directo designio criminal. En su campaña de terror y muertes ha llegado incluso a asesinar a algunos que, habiendo sido dirigentes de la organización terrorista, quisieron luego desvincularse de ella.

La organización terrorista también ha intentado, y en cierta medida logrado, sembrar el terror de forma indiscriminada y masiva. Por ejemplo ha colocado bombas en lugares públicos de gran concurrencia, como grandes almacenes, estaciones de autobuses y de ferrocarril, aeropuertos, zonas turísticas o inmediaciones de estadios deportivos en días de gran afluencia de público.

ETA ha intentado, pues, imponer por medio de la violencia -que en un uso captatorio del lenguaje denomina "lucha armada"- sus objetivos. Unos objetivos que pudiera perfectamente alcanzar a través de las urnas si llegara a convencer a los ciudadanos de la bondad de sus fines.

En alguna ocasión, ha procedido al inmediato asesinato de una persona que previamente había secuestrado, al no haber sido aceptada una concreta exigencia a los poderes públicos. Tal fue el caso del secuestro y posterior asesinato, en julio de 1997, del Concejal del Partido Popular de la localidad Vizcaína de Ermua, D. Miguel Angel Blanco Garrido. La organización terrorista reivindicó su secuestro y concedió al Gobierno español un plazo de cuarenta y ocho horas para que accediese a la reagrupación de todos los presos de la organización terrorista en las cárceles del País Vasco. Transcurridas las cuarenta y ocho horas, y pese a las manifestaciones masivas que en todos los lugares de España se produjeron, y pese a las peticiones de la mayoría de los líderes políticos, el concejal fue encontrado atado y con una herida de bala en las cercanías de Lasarte, muriendo pocas horas después.

Como complemento de estas acciones terroristas ha intentado crear un clima de terror y enfrentamiento mediante lo que ella misma denomina "Kale borroka" (lucha callejera). Una forma de terrorismo urbano en la que jóvenes encapuchados intimidan a la población civil quemando autobuses públicos, destruyendo mobiliario urbano,

lanzando artefactos incendiarios contra las patrullas de la policía autónoma, etc. Muchos de estos jóvenes, después de una estancia relativamente breve en el desempeño de esa forma de terrorismo, han pasado a formar parte de la propia organización terrorista ETA.

Otra manifestación del efecto intimidatorio que producen el terrorismo y los grupos que le apoyan en nuestra patria, reside en que, con extrema frecuencia políticos, intelectuales, periodistas, jueces, profesores de universidad, etc. aparecen en carteles o pintadas en las paredes de las calles con una diana a su lado, en clara alusión al hecho de que constituyen uno de los objetivos de la organización terrorista. Esa realidad alcanza la mayor gravedad cuando luego esos nombres y direcciones aparecen en los documentos que son incautados por las fuerzas de seguridad a la organización terrorista ETA. Con bastante frecuencia, además, tales personas reciben cartas amenazantes en sus propios domicilios y en ocasiones sus coches particulares son quemados.

Esta situación de violencia y terror ciudadanos ha motivado que la mayoría de los personajes públicos del País Vasco tengan que disponer de escolta en su vida diaria, y que muchos de ellos, y un gran número de profesionales, se hayan visto también obligados a abandonar esta tierra por el temor fundado de sufrir personalmente o en sus familiares un atentado terrorista. El elevado número de atentados y amenazas que padecen los concejales y otros representantes políticos de los partidos nacionales (fundamentalmente del Partido Popular y del Partido Socialista Obrero Español) ha dificultado, en los últimos años, la búsqueda de candidatos que deseen incorporarse a las listas electorales, quedando cercenado de esa manera el ejercicio del derecho fundamental de participación en actividades públicas.

Y todo esto acontece en un país, como España, que vive un régimen de democracia parlamentaria que garantiza la máxima tolerancia ante las ideas u opiniones de todo género, en el que el advenimiento de la democracia fue acompañado de una amplia amnistía y que en su Constitución alberga un reforzado sistema de protección de los derechos fundamentales de todos, tanto frente a posibles excesos en el ejercicio del poder como frente a las lesiones que los particulares pudieran causarles, y en el que ya desde las primeras elecciones constituyentes, en junio de 1977, las distintas opciones políticas han podido concurrir a los procesos electorales que regularmente se convocan, cualquiera que sea su ideología; incluso las de aquellas formaciones que han defendido un modelo distinto de organización territorial o han pretendido la sustitución del marco constitucional. Un país, por tanto, en el que la falta de legitimidad que de suyo acompaña al ejercicio de la violencia terrorista se encuentra además desprovista de cualquier clase de justificación por supuestas limitaciones en el ejercicio de derechos políticos.

SEGUNDO: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. INTRODUCCIÓN.-

1º.- ASPECTOS GENERALES.-

Consignados más arriba, en el apartado correspondiente, los hechos que esta Sala declara como probados, los cuales serán soporte de la aplicación de las causas típicas de ilegalización previstas en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de los Partidos Políticos, en los términos que después se dirá, se impone en este lugar la expresión de los elementos probatorios existentes en autos, los juicios de inferencia alcanzados a partir de los mismos y los razonamientos esenciales realizados que han formado la convicción del Tribunal juzgador y conducido a la formulación de la expresada declaración fáctica.

Se ha llegado a tales convicciones y conclusiones, dimanantes de la valoración del conjunto de las pruebas, por aplicación de las reglas de la sana crítica, según previene al efecto el artículo 316.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, supletoriamente aplicable en el presente procedimiento en ausencia de regla expresa propia.

El Tribunal en este punto ha tomado en especial consideración el mandato singular en materia de prueba y su valoración que se contiene en el apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, a cuyo tenor, para apreciar y valorar la legalidad de las actividades de los partidos políticos y, en su caso, la continuidad o repetición de las que pudieran calificarse de ilegales, y a los efectos de tener en cuenta su trayectoria, habrán de valorarse las resoluciones, documentos y comunicados del partido, de sus órganos y de sus Grupos parlamentarios y municipales, el desarrollo de sus actos públicos y convocatorias ciudadanas, las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de sus dirigentes y de los miembros de sus Grupos parlamentarios y municipales, las propuestas formuladas en el seno de las instituciones o al margen de las mismas, así como las actitudes significativamente repetidas de sus afiliados o candidatos. Tal mandato legal, unido a las singularidades que el presente procedimiento posee (pues la evolución histórica y ciertos antecedentes revestirán sumo interés para la justa comprensión de todas aquellas conductas que siendo posteriores a la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica 6/2002 el Tribunal reputará relevantes) se ha traducido en la asignación de un singular peso a la prueba documental, frente a otras, como la testifical, a las que en este preciso caso la Sala confiere un valor de convicción complementario. Alguno de aquellos documentos ostentan incluso el adicional interés de haber sido aportada por la propia demandada comparecida, de manera que, como se dice, han podido ser tomados en cuenta de manera especial para la conformación del juicio fáctico del Tribunal.

No puede pasar por alto el Tribunal, por otra parte, en el momento presente cuál es la singular naturaleza de las personas jurídicas demandadas en autos, esto es, la de partidos políticos. Esa naturaleza singular ha conducido a la Sala a emplear una doble técnica analítica de los elementos de prueba obrantes en autos, acudiendo desde luego a observar aquellos concretos documentos internos, declaraciones o actividades de sus representantes que, unidos a otros de semejante nivel, permiten integrar algunas de las previsiones normativas, pero también efectuando una observación más global del conjunto de los elementos de convicción, a fin de llegar, como se verá, a una precisa conclusión sobre su verdadera naturaleza y sobre el sentido de su actividad, es decir un análisis de conjunto de los actos y tomas de posición de los partidos demandados que agregadamente conforman un todo revelador del fin y de las intenciones del partido. Este nuevo ángulo ha aparejado a su vez efectos directos sobre la subsunción, en un precepto más general de la ley, de aquel conjunto de actividad.

La bondad de esta técnica analítica de conjunto, esto es, de superación de concretos documentos o manifestaciones, y de esa manera entrar en una global percepción de la realidad objeto de pronunciamiento, ha sido sancionada por la Sentencia de 13 de febrero de 2003, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en Gran Sala (asunto Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía): ...“ el Tribunal ha recordado siempre que no se puede excluir la posibilidad de que el programa político de un partido oculte objetivos e intenciones diferentes de los que proclama públicamente. Para cerciorarse de ello, hay que comparar el contenido de este programa con los actos y tomas de posición de los miembros y dirigentes del partido en cuestión. El conjunto de estos actos y tomas de posición, siempre que formen un todo revelador del fin y de las intenciones del partido, puede tenerse en cuenta, en el procedimiento de disolución de un partido político (Sentencias antes citadas Partido Comunista unificado de Turquía y otros c/ Turquía, y Partido Socialista y otros c/ Turquía)”... Este razonamiento ha sido complementado después, en la misma Sentencia, por aquel Tribunal con la siguiente precisión: El examen global que debe

realizar el Tribunal sobre estos puntos deberá tener también en cuenta la evolución histórica en la que se sitúa la disolución del partido político (...) en el país en cuestión para el buen funcionamiento de la “sociedad democrática” (véase, mutatis mutandis, la decisión Petersen c. Alemania, antes citada). Y también: ... “el Tribunal considera que las jurisdicciones nacionales, al examinar la constitucionalidad de los actos (...) podían tomar legítimamente en consideración la evolución en el tiempo del riesgo real que suponían las actividades del partido en cuestión para los principios de la democracia”.

El deseo, por otra parte, de la Sala de alcanzar la mayor claridad en la explicitación de los medios probatorios empleados, las inferencias obtenidas a su consecuencia y los razonamientos que han llevado a su convicción fáctica, ha aconsejado efectuar una desagregación y enumeración, por cada uno de los hechos, que resulte completamente paralela al relato fáctico expresado en el apartado “HECHOS PROBADOS”.

2º.- RECUSACIÓN O TACHA DE DETERMINADOS TESTIGOS O TESTIGOS-PERITOS POR LA PARTE DEMANDADA.-

A. FUNCIONARIOS POLICIALES.-

Sustancial relevancia ha de tener como elemento de prueba testifical-pericial el informe 13/2002, aportado con sus demandas tanto por la Abogacía del Estado como por el Ministerio Fiscal, confeccionado por el Servicio de Información de la Guardia Civil y que fue oportunamente ratificado ante la Sala, en audiencia pública, sometiéndose dicho Informe y sus autores en aquel acto a la más amplia contradicción. También alcanza singular valor, aunque ya tan sólo como medio probatorio documental (pues con este contenido fue aportado), el informe suscrito por la Unidad Central de inteligencia de la Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía, presentado por el Abogado del Estado como documento 15.b) adjunto a su demanda. En especial de éste debe destacarse la parte que queda fechada el 8 de agosto de 2002 y que se denomina “Ideas sobre el entramado paralegal de ETA”.

Pues bien, la representación procesal demandada, con respecto a dicho primer informe 13/2002 y sus autores (pero con argumentos que la Sala entiende extensibles al segundo de los informes, lo que aconseja un tratamiento conjunto), y a su capacidad de convicción como prueba, opuso formal tacha, al amparo del artículo 367. 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus concordantes, por entender que existían razones que cuestionaban la imparcialidad de sus artífices. En concreto dicha parte demandada vino a afirmar que dada la inserción de los autores en un Cuerpo, el de la Guardia Civil, que es dependiente del Ministerio del Interior, y habida cuenta de que el Gobierno de la Nación española figura como demandante en el presente procedimiento, y, por último, atendido que la confección del informe solicitado fue pedida por el Ministerio de Justicia (además del Ministerio Fiscal), que forma parte de ese mismo Gobierno, concurrirían, a su decir, poderosas razones para dudar de la imparcialidad de los autores del referido informe, dado que éstos, en buena lógica, lo habrían confeccionado en el sentido más favorable al éxito de la acción de aquellas autoridades y órganos de los que dependen.

No puede sin embargo compartir la Sala semejante planteamiento, pues, además de que el conjunto de la prueba documental obrante en autos abona la bondad de las conclusiones alcanzadas por dichos testigos-peritos cuando se procede a analizar su contenido, en los términos que seguidamente quedará expresado, también debe significarse que, en términos previos o abstractos, el Ordenamiento Jurídico español alberga un acabado diseño del estatuto jurídico al que se encuentran sometidos los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en garantía de que en

su actividad de colaboración y servicio a la justicia actúen con plena imparcialidad y sometimiento no menos pleno a la Ley y al Derecho. Esa realidad no supone sino una particularización de la regla más general de sujeción a la legalidad de todos los poderes públicos españoles, como único cauce viable para conseguir un verdadero reinado del Estado de Derecho. Un Estado de Derecho, por cierto, al que la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 dedica unas líneas de su mismo preámbulo, al expresar que la Nación Española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de consolidar un “Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Nada menos, además, que el artículo 1 de ese mismo texto constitucional, es decir, el que abre el articulado de la Norma Suprema, ratifica: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

Pues bien, como queda indicado, en nuestro Ordenamiento queda dibujado un estatuto de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que, sin perjuicio de la posterior y constante revisión de lo actuado por los Tribunales de Justicia, permite precaver cualquier desviación de aquel mandato de plena sujeción a la legalidad y de imparcialidad. Así, el artículo 9.1 de la misma Constitución expresa que tanto los ciudadanos como, en lo que ahora interesa, los poderes públicos, están “sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico”. En parecida dirección, el artículo 103.1 de esa misma norma suprema previene que la Administración Pública (en la que sin duda alguna quedan insertos los funcionarios policiales) “sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. El apartado 3 de este mismo precepto previene que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos y, dentro de éste, “las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. Reglas paralelas de sujeción a la ley y de imparcialidad de los funcionarios públicos, en cuanto personas que desempeñan la actividad administrativa (de la que participan aquellos miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad), contiene la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que, en su artículo 3, estatuye: “Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales (...) con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho”.

Pueden resultar más interesantes sin embargo aquellos específicos preceptos que disciplinan la imparcialidad y sujeción a la ley de los funcionarios policiales. Para éstos, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su artículo 5, dispone que son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: “Adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente: a) Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico”, y además, en lo que ahora importa, “b) Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad”.

Ciertamente todos estos Cuerpos de Funcionarios, en manera más intensa de lo que ocurre en el resto de las Administraciones Públicas, están sujetos a relaciones jerárquicas. Sin embargo, esa realidad, que se establece y reconoce en el apartado d) del mismo artículo 5 de la Ley Orgánica reguladora de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (“sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación”) no impide, antes al contrario, que se articulen en aquel mismo lugar cauces de “resistencia” a órdenes eventualmente ilegales o que menoscaben su imparcialidad. Y así, aquel mismo apartado d) del artículo 5, tantas veces citado, establece: ... “En ningún caso la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las leyes”.

Adicionalmente conviene reparar en las cautelas que, en orden al reforzamiento de la legalidad e imparcialidad de los funcionarios policiales, conlleva su actuación en

concepto de “Policía Judicial”, bajo las órdenes de Jueces, Magistrados y Fiscales. Pues bien, en relación a todo ello, y tomado en consideración el hecho de que el informe 13/2002 fue confeccionado por orden, también, del Ministerio Fiscal, cumple recordar que el artículo 31 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dispone que “en el cumplimiento de sus funciones, los funcionarios adscritos a Unidades de Policía Judicial dependen orgánicamente de los Jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación”. A ello añade el artículo 34 de esa misma Ley Orgánica, en garantía adicional de aquella imparcialidad, que los funcionarios de las Unidades de Policía Judicial “no podrán ser removidos o apartados de la investigación concreta que se les hubiera encomendado, hasta que finalice la misma o la fase del procedimiento judicial que la originara, si no es por decisión o con la autorización del Juez o Fiscal competente”.

Todo lo indicado responde, por tanto, a un sólido, acabado y multidireccional estatuto de imparcialidad.

También desde el prisma de la sanción de las contravenciones que a esa imparcialidad pudieran producirse existen normas, de similar o mayor contundencia, en el ordenamiento español. Así, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su artículo 458 dispone que el testigo (sea un particular sea un funcionario policial) que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial será castigado con las penas de prisión y multa. En una dirección semejante, el artículo 459 de este mismo Código Penal estatuye sanción para los peritos (policiales incluidos) que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen. Y una regla de “resistencia” paralela a aquella que quedó antes indicada frente a las ordenes ilegales se contiene en ese mismo Código Penal, cuyo artículo 410, tras establecer el delito de desobediencia para aquellos funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a las órdenes de la autoridad superior, establece que “no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general”.

Pero es más. Los preceptos indicados articulan un sistema, como se ha dicho, acabado de protección de aquella legalidad e imparcialidad policial en sus actividades de colaboración y servicio ante los Tribunales de Justicia. Un sistema que por cierto añade toda clase de cautelas sobre una realidad unánime en todos los sistemas democráticos, cual es que los cuerpos policiales se insertan, orgánica o funcionalmente, como dependientes de aquella autoridad que finalmente ejerce las acciones ante los Tribunales (en especial el Ministerio Fiscal) sin que esa realidad proyecte de suyo dudas de ninguna clase sobre la licitud global de aquella actuación policial.

Ocurre además que todo ello, como también ha quedado indicado, permite un pleno control de legalidad por parte de los Tribunales de Justicia sobre la actuación policial. Un control que en el caso del informe 13/2002 puede ser singularmente intenso ya que su intervención, en su faceta o componente de prueba pericial, no aporta en realidad elementos técnicos que no sean perfectamente fiscalizables por el Tribunal a la luz de la documental adjunta que lo acompaña; a diferencia de lo que ocurriría con otras pruebas periciales que aporten aspectos científicos o técnicos inaprensibles, por puras limitaciones de la inteligencia humana, por los Tribunales. Así, la componente pericial, exclusivamente limitada al tratamiento, agrupación y análisis de información con arreglo a experiencia, y, lo que es más importante, los juicios de inferencia alcanzados a la luz de todo ello, resultan fiscalizables en todos sus aspectos por la Sala. Y de hecho, es efectuando aquella misma fiscalización como la Sala ha llegado a la convicción de la bondad del informe en buena parte de sus extremos, ya que a conclusiones coincidentes ha llegado después de analizar exhaustivamente todo el conjunto documental obrante en autos.

Por último, tampoco la Sala confiere aplicabilidad en este caso a la interpretación que la demandada hace de uno de los fundamentos jurídicos (en concreto el TRIGESIMOPRIMERO) de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 1997, con respecto a un informe de la Guardia Civil que en ciertos aspectos habría sido reproducido en el 13/2002, unido a las presentes actuaciones, pues semejante interpretación, extrapolada a todos los casos y circunstancias, resulta contraria a aquella práctica, casi universalmente admitida, de intervención de funcionarios policiales como testigos o peritos en toda clase de procedimientos (singularmente los de naturaleza penal), a la generalidad de las normas procesales e incluso a las de naturaleza estatutaria, como es el caso del artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que entre las funciones de la policía, junto a las de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, añade la de “elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”.

A. OTROS TESTIGOS.-

También la única parte demandada comparecida en autos ha dirigido su tacha hacia otros testigos que han comparecido ante la Sala, aportando ante ella, en audiencia pública, sus elementos de coacción. Estos testigos son D. Alfonso Alonso y D^a Ana Urchueguía, alcaldes de Vitoria y Lasarte-Oria respectivamente, D. Carlos Galindo Jiménez, D. Gonzalo Quiroga Churrua y D. José Antonio Foncillas. En todos ellos estima la demandada, BATASUNA, que existen motivos bastantes como para dudar de su imparcialidad. Pues bien, con respecto a los dos primeros y el tercero concurre en efecto su pertenencia a los partidos políticos Popular y Socialista. El primero de dichos partidos políticos ostenta en la actualidad el Gobierno de la Nación (actor en el presente procedimiento) y el segundo tomó parte en el acuerdo, prácticamente unánime, de las Cortes Generales, en el que se exhortaba al Gobierno a iniciar acciones de ilegalización de los partidos aquí demandados. Pues bien, ésa es una realidad que el Tribunal tiene bien presente a los efectos prevenidos en el artículo 367.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, “para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia”. También a los efectos prevenidos en el art. 376 de esta misma norma, según el cual “Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado”. Sin embargo en modo alguno aquellas tachas comportan causa de la inhabilidad para prestar testimonio.

Realizando aquella operación, y valorando por tanto las declaraciones de todos ellos en un análisis individual, pero conjunto con el resto de la prueba, no ha observado el Tribunal que aquellos testimonios, en los datos aportados, estén mediatizados por una determinada voluntad de perseguir políticamente a un adversario. Repárese además en que dichos testimonios son coincidentes entre aquellos que más razones útiles alcanzarían en la discrepancia, pues son los dos partidos que mayor probabilidad poseen de acceder a tareas de gobierno, es decir, son ellos directos adversarios en la liza política, y sin embargo coinciden en sus apreciaciones y experiencias. Pero hay además otro aspecto, que queda veladamente expuesto y del cual la demandada parece obtener que sus respectivas declaraciones deriven de un relativo interés. Como se dice, el argumento no está presentado de forma explícita por la demandada pues en buena medida resultaría contradictorio con sus tesis, pero se estaría refiriendo a su condición de perjudicados por la violencia política, a la necesidad que tienen de llevar escolta para sus actos cotidianos y al directo acoso del que son objeto por parte de ciertos grupos de personas, de manera que, es cierto, alcanzarían una relativa utilidad con un hipotético fallo de ilegalización. Pero la condición de víctima de un hecho –y en igual medida de hechos constantes y reiterados- en modo alguno se traduce en inhabilidad de un testigo. La práctica procesal constante así lo evidencia. Tampoco la relativa ventaja moral que para esa misma víctima puede suponer un pronunciamiento de condena del responsable (o inspirador político) de aquellos hechos

tiene mayor proyección que el deber del Tribunal de observar con detenimiento su testimonio, pero no produce la exclusión del testigo.

Respecto de los demás testigos, como funcionarios públicos que son, debe reiterarse lo anteriormente expuesto respecto a la existencia de un acabado estatuto legal, garantizador de la imparcialidad de los funcionarios en España. Debe a ello añadirse, con respecto al Sr. Foncillas, que la demandada yerra al atribuir su nombramiento al Gobierno, pues el artículo 23 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, atribuye éste al Delegado del Gobierno. Y se equivoca también al asignarle la condición de “representante político”, pues el artículo 29 de esta misma Ley reserva tal cargo a los “funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija, para su ingreso, el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente”, es decir, aquel puesto no tiene naturaleza política, sino que se halla en la cúspide de la carrera administrativa, bien que su designación se realice luego (como ocurre con la mayor parte de aquellos que se encuentran a un nivel parejo) por el procedimiento de libre designación entre funcionarios.

3º.- VALOR PROBATORIO DE LAS PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS.-

Otro aspecto, de orden previo, de oportuno tratamiento en este lugar atañe al valor probatorio que poseen las informaciones periodísticas en cuanto dan noticia del devenir experimentado por los distintos partidos políticos, en un sistema democrático, como el español, en el que la libertad de información ostenta una reforzada posición de centralidad que es garantía del libre entrecruzamiento de opiniones, de la libre crítica a los poderes públicos, y, de forma muy particular, del pluralismo político. Debe para ello partirse del dato de que, de ordinario, una noticia inserta en una publicación periodística no comporta sino una determinada percepción de una realidad externa que es percibida y trasladada por el profesional que en ella interviene.

Sin embargo, el proceso de valoración de la prueba en el presente procedimiento, en cuanto en ocasiones aconsejará la introducción de ciertas conclusiones derivadas de este cauce, requiere tomar en adicional consideración que las partes demandadas en este procedimiento son Partidos Políticos, en cuya esencia (artículo 6 de la Constitución) está la formación de la voluntad popular. Es decir, los Partidos Políticos “hablan” a la sociedad, intentan informarla y convencerla (lo que en buena medida hacen a través de los medios de comunicación) de la corrección de sus postulados, y pretenden por esta vía ir ganando una creciente representatividad que, oportunamente contrastada en las urnas, les permita abordar a través de un poder de gobierno democráticamente alcanzado aquellas tareas de transformación social que están en sus planteamientos ideológicos. Por ello, a diferencia de lo que pudiera ocurrir con algunos sujetos particulares, no sólo el contenido de lo publicado no puede nunca resultarle indiferente, por esencia, a un partido político, sino que, en sentido justamente opuesto, puede afirmarse que en su naturaleza está la reacción contra todos aquellos contenidos noticiosos que pudieran conformar una opinión pública en dirección opuesta a lo por ellos defendido. Y a partir de aquí se llega a poder afirmar que cuando un Partido Político acepta, sin reacción de ninguna clase, contenidos noticiosos extendidos o masivos que le afectan (otra cosa es, obviamente, las noticias aisladas) los está dando en realidad por buenos, esto es, acepta su validez. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su reciente Sentencia de 13 de febrero de 2003 parece optar por esa misma tesis, cuando dice: “El Tribunal considera que, a no ser que un partido se distancie de este tipo de actos y discursos, estos son imputables al mismo”.

Esta singular naturaleza de los partidos políticos, como conformadores de la opinión y voluntad populares, no ha pasado desapercibida para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual por esa misma realidad ha aceptado sin reparos el empleo

de declaraciones y actos ante los medios de comunicación como elemento de contraste de la conformidad de cada uno de los partidos con el Convenio. Por ello dicha Sentencia de fecha 13 de febrero de 2003 ha declarado: “Debido a su papel, los partidos políticos, únicas formaciones que pueden acceder al poder, tienen además la capacidad de ejercer una influencia sobre el conjunto del régimen de su país. Con sus proyectos de modelo global de sociedad que proponen a los electores, y su capacidad de realizar estos proyectos una vez que llegan al poder, los partidos políticos se distinguen de las demás organizaciones que intervienen en la arena pública”. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sentencia de 30 de enero de 1998 del mismo Tribunal.

Además conviene indicar, en esta introducción, que en nuestra Ley de Enjuiciamiento (véase su artículo 299.3, en relación con los medios de prueba previstos también en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos) no se contiene una lista tasada o completamente cerrada de los medios de prueba legítimos, sino que en ella se admite también la presencia de cualesquiera otros que pudieran conformar el juicio del Tribunal. Esto permite que en determinados supuestos, de forma individualizada y caso por caso, puedan darse por acreditados datos recogidos por los medios de comunicación social cuando reflejan hechos incontrastados de conocimiento general o declaraciones de personalidades u organizaciones políticas que no han sido desmentidas ni cuestionadas en el proceso. Por otra parte, es claro que los datos de juicio que pueden ser obtenidos de esta clase de publicaciones derivan estrictamente de aquellos contenidos que de modo objetivo son introducidos por el profesional, lo que de por sí excluye de valor probatorio a cualesquiera juicios de valor pudieran también ser en aquella misma noticia incluidos.

Pues bien, a la luz de esas premisas asigna la Sala valor probatorio complementario a una importante serie de documentos periodísticos en los que cada uno de los medios relata las vicisitudes experimentadas por los partidos políticos HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA, y, en especial, asigna credibilidad a aquellos contenidos que, según quedará oportunamente expuesto, reflejan una sucesión organizada entre todos ellos.

La aplicación al caso del principio de los actos propios, concreción de aquel otro más amplio de la buena fe, hace que todas las partes personadas sean finalmente conformes en la validez probatoria que, en un proceso de la naturaleza del presente, tienen tales publicaciones. Ninguna duda hay sobre ello en lo referente a las partes actoras, las cuales han ilustrado sus aserciones fácticas con un importante número de documentos de esa clase. Pero tampoco puede haberla con las demandadas, ya que la única que se halla comparecida en autos (BATASUNA) ha solicitado, ella misma, medios de prueba de esta misma condición. Así ocurre, por ejemplo, con la solicitud de aportación del ejemplar del “Diario Vasco”, en su edición de 21 de agosto de 2002. Y así ocurre cuando esa misma parte emplea, en su favor, documentos periodísticos aportados por sus oponentes (página 11 de su escrito de demanda). Por último esa misma conclusión favorable se obtiene de la actitud mantenida por dicha demandada (en el lugar oportuno se hará mención a lo recusable de esta posición procesal) cuando acepta, de modo explícito, aquellas fotocopias de documentos periodísticos que habiendo sido presentadas por sus oponentes decide ella misma emplear en apoyatura de sus tesis, sin decir cuáles sean (página 15, párrafo 2 de la contestación a la demanda), negando por el contrario validez a todas las demás.

Pone en contacto este último razonamiento con otra realidad jurídica que merece ser abordada. Consiste ésta en la validez probatoria que pueden poseer los documentos aportados por mera fotocopia. Pues bien, primeramente, esa fórmula de presentación documental resulta legítima, al amparo del artículo 268.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual si la parte sólo posee copia simple del documento privado podrá presentar ésta, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás

partes. Además, como en parte ha quedado expresado antes, los deberes de diligencia procesal y de buena fe obligan a las distintas partes comparecientes ante un Tribunal de Justicia a una actividad suplementaria a la mera negativa global o formularia de la autenticidad de todos los documentos presentados de adverso; siendo sólo aceptable, por tanto, aquella oposición que se proyecte sobre determinadas copias, individualizadamente, y siempre que se expongan las razones que hacen dudar sobre la concordancia de un documento con sus originales.

Además aquel mismo principio, reiteradas veces citado, de la vinculación a los propios actos obliga a la parte demandada a estar y pasar por la validez probatoria global de esa forma de presentación documental cuando ella misma ha hecho uso de documentos de esta misma clase (las referencias a la página 11 de su contestación deben darse aquí por reproducidas).

Por último, aunque probablemente fuera innecesario después de todo lo ya dicho, cumple recordar que la Abogacía del Estado solicitó, en su escrito de petición probatoria (inciso 3 del apartado B.- “Más documental”), el cotejo por la Hemeroteca Nacional de los documentos que fueron presentados por ella, lo que fue acordado de conformidad por la Sala en su providencia de admisión de prueba, y lo que efectivamente ha sido realizado por dicha Oficina Pública, abarcando a un importante número de documentos periodísticos.

Dicho todo lo anterior, se pasará a apreciar y valorar la prueba practicada en el presente procedimiento.

TERCERO: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA.-

I.- ORIGEN, NATURALEZA Y CIRCUNSTANCIAS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEMANDADOS:

1º.- ORIGEN DEL PARTIDO POLÍTICO HERRI BATASUNA. NATURALEZA Y CIRCUNSTANCIAS DE LOS PARTIDOS QUE LO CONSTITUYEN.-

A. Según queda expresado en el relato fáctico, un primer aspecto que en primera apariencia pudiera parecer que ostenta una relevancia secundaria, si bien luego no ocurrirá así, pues en realidad va a definir una verdadera “asignación funcional” de tareas realizada por la banda terrorista ETA a HERRI BATASUNA, así como la clase de relaciones que a partir de aquel momento pasarán a vincular a ambas organizaciones, como oportunamente quedará justificado, es el del propio nombre en lengua vasca que identifica al partido político demandado (HERRI BATASUNA), denominación que, en su traducción al castellano, significa “Unidad Popular” o “Unidad del Pueblo”. Esta traducción no sólo fluye de la que, en sus respectivos escritos han realizado las partes actoras (véase las páginas 6 y 7 de las conclusiones del Abogado del Estado) y que al no haber sido contradichas por la única demandada comparecida en autos (de hecho en la página 33 de su escrito de conclusiones éste la refleja sin introducir reproche de clase alguna) se han de reputar como pacíficamente asumidas, sino incluso de las distintas operaciones de contraste, de dicha traducción, que este Tribunal ha efectuado con diccionarios Euskera- Castellano.

En consecuencia, dicha denominación, como una de las acepciones que el juego de ambas palabras permite, debe darse por acreditada.

B. La evolución organizativa que HERRI BATASUNA ha experimentado desde su surgimiento primero como Coalición Electoral, luego como Agrupación de Electores, y, finalmente, como Partido Político, así como el hecho de su participación en los procesos electorales que se citan, tampoco ha sido objeto de negativa o contradicción por la demandada comparecida, fuera de aquella global y genérica oposición que, con carácter previo, se contiene en el apartado A) de los Hechos de su contestación a la demanda, pero que por esa misma generalidad y, derivado de ella, por su contrariedad a los deberes de diligencia y buena fe procesales, y de lealtad y colaboración con el Tribunal, carece de eficacia enervante de hechos concretos y explícitamente afirmados por sus detractoras. También se obtiene cumplida prueba de ello tanto del conjunto documental que bajo el número 3 ha sido presentado adjunto a su demanda por el Abogado del Estado como de los documentos numerados bajo los ordinales 15.a) y 15.b) de la misma. Por ello ha de darse por acreditado todo este apartado de los hechos probados.

C. Ninguna duda existe tampoco para la Sala sobre la conformación de la coalición HERRI BATASUNA por los partidos políticos ESB, ANV, LAIA y HASI, ya que, además de quedar oportunamente justificada esta realidad con la documental probatoria (y testifical-pericial) adjunta a las demandas, más en concreto a través del informe nº 13/2002, de la Jefatura del Servicio de Información de la Guardia Civil (ratificado en este particular en las diligencias de prueba celebradas ante el Tribunal por los testigos-peritos deponentes) y por el informe 15.b) de la Unidad Central de Inteligencia de la Policía Nacional, además, decimos, es admitido sustancialmente todo ello por la demandada en su escrito de contestación a la demanda (página 7). Semejante admisión expresa de todas las partes excusa a la Sala de mayores argumentaciones con respecto a la manera en que alcanza sus conclusiones a partir de aquel mismo grupo documental.

La pertenencia de los partidos políticos HASI y LAIA (que conformaron HERRI BATASUNA), a KAS se obtiene, en lo que se refiere a HASI, del documento denominado “KAS Bloque Dirigente” (Anexo IV a la documentación adjunta al informe 13/2002 de la Guardia Civil), en su página 41, en el apartado denominado “Organizaciones componentes del Bloque”. Dicho documento posee un origen interno, esto es, procede de la misma organización KAS, realidad que refuerza su capacidad de convicción. Idéntica conclusión sobre la pertenencia a KAS del partido HASI se extrae de los contenidos, literalmente transcritos, de las actas de las reuniones de KAS (luego incorporadas a documentos internos de la banda terrorista ETA) contenidas en el Auto de fecha 26 de agosto de 2002, del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Sumario 35/2002 (Documento nº 42 del Abogado del Estado). En modo alguno este contenido documental participa de la provisionalidad propia de todo lo actuado en fase penal de instrucción, ya que, como se expresa, aquella incorporación se produce en una actividad de mero contraste documental por el Instructor, sin incorporar por tanto juicio de valor de ninguna clase sobre aquella actividad mecánica. Por ello el Tribunal no comparte las alegaciones contenidas en el escrito de conclusiones de BATASUNA (página 10), en las que, por otra parte, tampoco se niega en modo alguno autenticidad o afirma error sobre tales transcripciones, de manera que habiéndose incorporado a las actuaciones aquella resolución, esta Sala no ve reparo alguno en emplearlas para conformar su juicio. Esta última referencia documental alcanza también al partido LAIA, que asiste a tales reuniones, como cabe ver de dicho Auto, en régimen de igualdad plena (con la salvedad del voto de calidad de ETA) y en acción coordinada con los demás partidos pertenecientes al “Bloque”, es decir, a la organización KAS. Por tanto la pertenencia de ambos a KAS resulta probada.

De lo actuado se obtiene también que HASI se integró como grupo mayoritario en HERRI BATASUNA, es decir, como partido de mayor peso de militancia de cuantos se integraron en la nueva organización, lo que vino a añadir una situación de control numérico de HERRI BATASUNA desde KAS. Esta realidad ha sido probada a través de la documentación anexa al informe 13/2002, de la Jefatura del Servicio de Información de la Guardia Civil y por el propio informe (página 6, párrafo segundo), y,

además, no ha sido contradicho, de manera explícita, por la demandada, a diferencia de muchos otros particulares de dicho informe, que sí han sido discutidos por ella.

D. Con respecto al papel de KAS como delegada de ETA, primeramente en calidad de coordinadora y luego como “Bloque Dirigente”, interesa notar, primeramente, la intensa jerarquía que ostentaba tanto sobre los partidos de su entorno como sobre sus militantes.

Queda esto demostrado:

- Por los términos imperativos del documento interno de KAS, denominado “KAS Bloque Dirigente” (Anexo IV a la documentación adjunta al informe 13/2002 de la Guardia Civil, en su página 41), los cuales tienen indistintamente por destinatario al partido HASI (“el partido tendrá en cuenta”) y a sus militantes (“los militantes del partido deberán asimismo estructurarse fundamental y obligatoriamente en el resto de las organizaciones”).

- Por los términos imperativos de otro documento, el denominado “Barne Buletina 59”, de Noviembre de 1991 (Boletín interno de ETA). Este documento, que ha sido traído a los autos como anexo VI de la documentación adjunta al Informe 13/2002 (págs. 44 y 45), contiene reflexiones sobre la reorganización de KAS y asimismo directrices para el partido y sus militantes: ...“es el actual componente militante de HASI –no HASI como tal- (...) quienes tienen que transformarse en esa base y motor militante de la estructura amancomunada del Bloque, en todos sus niveles y tareas. (...) son los actuales militantes de HASI quienes (...) deben continuar dinamizando a la Unidad Popular (re)integrándose en las distintas estructuras de HB en tanto que militantes del Bloque, pero sabiendo desdoblar correctamente su actividad militante. En definitiva, HASI debe aportar su capital militante al servicio del Bloque para conformar un primer esqueleto organizativo de la estructura amancomunada de KAS”... Y en otro momento (página 43) ese mismo documento indica, en idénticos términos de mando: ... “HASI aportará su capital militante ya estructurado (o por estructurar) en comisiones para contribuir a y agilizar la constitución de diversas comisiones”...

- Por las restricciones que el documento interno de KAS, denominado “KAS Bloque Dirigente” (ya citado con anterioridad), realiza a toda posible corriente o democracia interna que pudiera surgir en el seno del partido HASI: ...“el partido tendrá en cuenta que en todo caso las circunstancias del proceso se exigen ser un partido estricto, fuertemente cohesionado y homogenizado sin concesiones a actividades fraccionarias ni tendencias en su seno y con una fuerte conciencia de lo que implica la militancia”.

- En un análisis externo y posterior, porque la efectividad de la doble militancia impuesta a sus miembros (imperativamente ordenada) se ratificó, como plenamente llevada a la práctica, en el acto de prueba ante la Sala, por los testigos-peritos deponentes (día 13, 11,50 horas).

- Por el documento denominado “Propuesta de reestructuración de HERRI BATASUNA” (anexo V del informe 13/2002, página 5). En su informe ante el Tribunal, los miembros de la Guardia Civil deponentes atribuyeron el origen de ese documento a un miembro relevante de esta propia organización. Y sucede que de un análisis de su contenido no puede derivarse una conclusión de signo contrario por lo que la Sala da por bueno también dicho origen. En dicho documento no sólo se viene a asignar tareas a los militantes de HASI (lo que implica que existía una situación de jerarquía asumida) sino que, incluso, en un abierto ejercicio de dirección, se les acerca todo posible desarrollo político: ... “Igualmente los representantes de HASI y de ANV deben asumir trabajos concretos en las futuras comisiones, pero no encontrarse a la cabeza de ellas, es decir, los militantes de los partidos se pueden y deben responsabilizar de cualquiera de las comisiones si son elegidos desde la base, pero aquellos designados directamente por sus respectivas organizaciones deben diluirse en el trabajo de cualquiera de las comisiones, aportando su trabajo y su riqueza militante para fortalecerlas, pero sin encargarse de su dirección”...

- Del hecho de que es la banda terrorista ETA, la que cuando decide que dicho partido HASI ya no le resulta de utilidad acuerda su disolución, lo que lleva éste a cabo sin discusión de ninguna clase. Así consta del informe 13/2002 de la Guardia Civil

(página 8), en un aspecto que no ha sido tampoco contradicho en este particular de forma expresa por la demandada. Semejantes cese y liquidación son, pues, la prueba final del carácter sumiso y puramente instrumental que para la banda terrorista ETA y el grupo KAS poseían tanto el partido HASI como su militancia. Tanto el hecho de aquella disolución por decisión externa como sus causas, asentadas en supuestas diferencias sobre el liderazgo del partido, han sido adicionalmente explicitadas en la rendición de su Informe por los funcionarios de la Guardia Civil ante la Sala (día 13, 11,51 horas).

La doble y simultánea pertenencia de HASI a HERRI BATASUNA, y, al propio tiempo, a KAS (incluso en tiempo posterior al nacimiento de esta última formación, circunstancia que evidencia su carácter de herramienta) se desprende del documento, varias veces aludido, “Kas Bloque Dirigente” (página 41 y especialmente en el apartado denominado “Organizaciones componentes del Bloque”). Pese a ser este documento, como se dice, posterior a la creación de HERRI BATASUNA y por ello a la inserción en ella del partido HASI, mantiene de manera explícita a este último partido, como una realidad aún perviviente y separada, como parte de la organización KAS.

El partido HASI, por tanto, ocupaba un lugar esencial dentro de KAS. A él se atribuían las más relevantes responsabilidades. El ya varias veces citado documento “KAS Bloque Dirigente” (pag. 41) expresa sobre aquella atribución funcional, en una mención que además es ilustrativa de la negación al juego de su propia autonomía: ... “El partido HASI (...) desarrolla el área de globalización de las luchas sectoriales, y en todas aquellas actividades políticas que, en el ámbito masas e institucional, las circunstancias de la lucha de su estructuración impiden realizar al resto del Bloque. (...) Al partido le corresponde pues por su carácter globalizador de la actividad de masas e institucional una importante responsabilidad dentro del Bloque en la elaboración de análisis de coyuntura y en la formulación de la línea política, en la teorización del proceso y en la elevación del nivel de conciencia y organización de las masas ”...

Puede decirse incluso que ocupaba el partido HASI, por aquella misma atribución, una posición “vertebral”. Y ello no en ejercicio de una cierta licencia terminológica sino como traslación de la referencia expresa que está contenida en el documento denominado “Barne Buletina 59”, noviembre de 1991” (Anexo VI de la documentación adjunta al Informe de la Guardia Civil -págs. 44 y 45-): ...“la nueva estructuración del Bloque requiere una columna vertebral que, sin convertirse en una organización estricta, le dote de su nivel organizativo interno y que garantice la tarea de globalización política y de dinamización política de la Unidad Popular y del conjunto del MLNV. Entendemos que es el actual componente militante de HASI –no HASI como tal-, junto con las incorporaciones procedentes del resto de organizaciones sectoriales (...) quienes tienen que transformarse en esa base y motor militante (...) en todos sus niveles y tareas”.

Las relaciones de jerarquía que la banda terrorista ETA y su organización delegada KAS ostentaban sobre las distintas organizaciones y partidos satélites han quedado suficientemente explicitadas más arriba. También se han hecho referencias a los mandatos de doble militancia como técnica que era empleada para la interferencia, participación y control de otras organizaciones. El empleo de este último recurso estratégico como método de controlar todas las organizaciones “participadas” invita a recordar que, en su informe ante la Sala, los testigos-peritos funcionarios del Servicio de Información de la Guardia Civil relataron cómo, reproduciendo dinámicas similares a la relación de jerarquía que ostenta la banda terrorista ETA sobre el conjunto de las organizaciones, existía también una gradación paralela de militancias. El militante de ETA sería de esa manera, por ostentar el mayor compromiso, quien alcanzaría superioridad de rango. En el estadio inmediatamente inferior se encontrarían los pertenecientes a KAS. Finalmente la posición inferior la ocuparían todos aquellos otros militantes que estaban encuadrados en las organizaciones interpenetradas. La Sala

acepta también como probado este mismo hecho, que además, de modo no expreso pero sí implícito, fluye del contenido del documento “Barne Buletina”, en su página 38.

Especialmente esclarecedores de la dimensión verdadera del partido político LAIA son los contenidos que literalmente transcribe el Auto de fecha 26 de agosto de 2002, del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (Sumario 35/2002 -Documento nº 42 del Abogado del Estado). Dicho Auto transcribe las actas de KAS, según fueron éstas incorporadas a documentos internos (“Zutabe”) de la banda terrorista ETA, y tanto a ellas como al valor probatorio de este Auto hemos hecho anterior referencia, declarando que en modo alguno el puro contenido documental que refleja participa de la provisionalidad propia de todo lo actuado en fase penal de instrucción, ya que, aquella incorporación, se produce en una actividad de mero contraste, sin incorporar por tanto juicio de valor de ninguna clase sobre aquella labor mecánica. Pues bien, de dichas actas y de la presencia en ellas, con asistencia asimismo de representación de la banda terrorista ETA (con voto de calidad), se infiere no sólo la pertenencia del partido LAIA a dicha organización, KAS, sino más aún, su participación coordinada en el proceso de toma de decisiones. Por todo ello ninguna duda tiene la Sala respecto a que la inserción de LAIA en HERRI BATASUNA, en unión de HASI, supuso un adicional resorte de control de la nueva organización (HERRI BATASUNA) por parte de KAS y, de manera más mediata, por parte de la banda terrorista. Todo lo expresado da sustento a las afirmaciones contenidas en los hechos probados respecto al carácter instrumental de ambos partidos y el control de HERRI BATASUNA por parte de ETA.

En líneas anteriores la Sala declaraba también como suficientemente demostrada la disolución de HASI por una decisión unilateral de la organización terrorista ETA, por puro interés y utilidad de esta última organización. Así lo declararon los testigos-peritos en el acto de rendición de su dictamen ante la Sala (día 13, 11,51 horas). Pero esa afirmación alcanza además un especial nivel de verosimilitud si se analiza juntamente con la subordinación jerárquica, ya anteriormente vista, que el partido HASI tenía con respecto de KAS y si se repara en que idéntica relación sumisa e instrumental era la que vinculaba a ASK con KAS (de la que también formaba parte). Esa realidad llevó a sustituir a HASI por ASK, como se aprecia en el documento “Barne Buletina” (pág. 43) en el que se pasa a asignar tareas a ASK: ... “ASK, Egizan y Jarrai contribuirán asimismo a la composición de las comisiones que engloben temáticas relacionadas a sus áreas específicas de trabajo. Señalemos, de paso, que sería fundamental el que en cada comisión estuviese un militante cualificado que forme parte de la comisión de HB para el tema de que se trate, ya que ellos nos permitiría ganar en coordinación y sistematización, además de efectividad”. Y en otro lugar, como por ejemplo en los documentos sobre los ASK intervenidos a Manuel Inchauspe Vergara (Anexo VIII de la documentación aneja al informe 13/2002 de la Guardia Civil) se obtiene: ... “ASK se configura como la organización revolucionaria de KAS para el movimiento popular. Por su presencia en el Bloque desarrollará la labor coordinadora, globalizadora e integradora de todas las organizaciones sectoriales populares en los barrios y pueblos, estableciendo los lazos de coordinación que permitan la incidencia en las estructuras locales de HERRI BATASUNA, que sustentan la lucha institucional, dotándolas de las orientaciones de KAS”. La jerarquía de KAS para con ASK queda pues contrastada, como también ocurría con HASI, de modo que la afirmación de la disolución de este último partido por la banda terrorista, alcanza, como ya se ha dicho, un singular nivel de verosimilitud.

Asimismo justifica la real naturaleza de la organización KAS, como aglutinante y director de las organizaciones próximas, el informe de la Unidad Central de Inteligencia de la Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de la Policía, aportado como Documento 15-B del Abogado del Estado. En especial interesa la parte fechada el 8 de agosto de 2002 y que se denomina “Ideas sobre el entramado paralegal de ETA” (y en concreto sus páginas 6 y 7). Este viene a describir la verdadera naturaleza delegada de KAS.

Pero son también los documentos propios internos de dicha organización, entre los cuales merece ser destacado el documento denominado “KAS Bloque dirigente”, los que narran que el surgimiento de la organización KAS, como delegada de la banda terrorista ETA, se justifica en la necesidad de llevar a cabo un control que ésta, por su situación de ilegalidad, era incapaz de afrontar. Dicha Ponencia literalmente expresa (página 38): ... “en la medida del repliegue de actividades de ETA al campo exclusivo de la lucha armada, veíamos claro que se producía una pérdida de capacidad para el ejercicio de esa Dirección entre las masas. Lo cual nos trasladaba de inmediato al primer problema señalado y a su resolución en función (...) de la construcción de un instrumento de delegación política que, cubriendo esa falta de capacidad de la vanguardia coparticipase en las tareas de Dirección, constituyéndose junto a la misma en motor dirigente del Movimiento Revolucionario y Popular. Aunque ha costado tiempo y esfuerzos podemos afirmar hoy en día que el objetivo ha sido cubierto habiendo tomado cuerpo en el Bloque KAS y en las Organizaciones que lo componen”...

En el acto de rendición de la prueba testifical-pericial ante la Sala, adicionalmente, han sido concluyentes los funcionarios deponentes (día 13; 11,48 horas) en el sentido de constarles el papel coordinador del entramado que le correspondía a KAS, siempre por encargo de la banda terrorista ETA.

El liderazgo, jerarquía y coordinación que KAS, por delegación de ETA, efectuaba sobre los diferentes partidos (HERRI BATASUNA y los que después la sucedieron) se obtiene de modo altamente significativo del hecho de que ésta llegaba al punto de interferir en los procesos de designación de los máximos responsables, es decir, de sus Mesas Nacionales. Así se obtiene del documento denominado “Propuesta de reestructuración de HB, de 23 de diciembre de 1987” (Anexo V de la documental adjunto al informe 13/2002, del Servicio de Información de la Guardia Civil, en su última página). Ciertamente el citado documento, al parecer interno, carece de firma, de manera que se ignora la identidad de su autor. No obstante, en relación a él, la única explicación plausible, por ese mismo contenido que alberga y por las propuestas que contiene, es que debe proceder de un miembro de la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA. Así lo afirmaron los testigos-peritos deponentes ante la Sala el día 13, a las 13,44 horas, en una deducción que, por ser plenamente acorde a las reglas de la lógica humana y por no hallarse una inferencia de signo contrario y semejante nivel de convicción, la Sala hace suya. Dicho documento indica: ...“el método es por otra parte fundamental a la hora de elaborar las listas de la Mesa Nacional. Proponemos pues que KAS no maneje listas en este proceso, sino que sea la propia Mesa Nacional saliente la que proponga un determinado número de miembros, es decir, la nueva lista de la Mesa Nacional entrante”. Una reflexión adicional demanda, a juicio de la Sala, esta última referencia documental. Ciertamente la propuesta que el documento alberga está formulada en términos negativos, por lo que no estaría afirmando que KAS vaya a elaborar las listas sino justamente lo contrario. Sólo adquiere sin embargo sentido esa misma propuesta negativa en tanto en cuanto suponga una modificación de un estado de cosas anterior; de manera que ha de entenderse como efectivamente acreditada esa situación previa de participación en la elección de los miembros de las Mesas Nacionales de los partidos demandados por parte de KAS. En el mismo sentido deben computar las afirmaciones explícitas de los testigos-peritos deponentes, quienes ante el Tribunal y en audiencia pública afirmaron constarles la interferencia en los distintos procesos de elección de responsables por parte de ETA, lo que vale tanto como decir que bien lo hacía directamente o bien por medio de su entidad delegada KAS (véase informe 13/2002 de la Guardia Civil, ratificado en vista pública ante el Tribunal el día 13; 11,58 horas).

La realidad de jerarquía de KAS para con las organizaciones próximas o participadas, con referencia explícita a HERRI BATASUNA, es incluso, en otros documentos internos, calificada como de “control férreo”. Así lo expresa gráficamente el documento “Barne Buletina”, ya referenciado en diversos lugares, en el que se resalta ese nivel asfixiante de control: ...“Fruto de esa política de captación, de esa idea de desarrollo

de las organizaciones de KAS sin guardar el equilibrio necesario y de esa concepción dirigista, de control férreo, se produce una presencia abusiva de KAS en las estructuras de dirección de los organismos de masas y en HB”...

No existe por otra parte oposición de ninguna clase, del lado de la parte demandada, al hecho de haber sido tenida como ilegal la organización KAS por Auto de fecha 20 de noviembre de 1998, procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 5, ni con respecto al hecho de su inserción en la Lista Europea de Organizaciones Terroristas, aprobada por la Posición Común del Consejo de la Unión Europea 2001/931/PESC (Diario Oficial Serie L, 344, de 28 de diciembre de 2001) sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, actualizada por otra de 2 de mayo de 2002 (2002/340/PESC).

1º.2.- LA CREACIÓN DE HERRI BATASUNA CON CARÁCTER INSTRUMENTAL Y LA ASIGNACIÓN EXTERNA DE FUNCIONES.-

A. EL DESDOBLAMIENTO.-

El informe denominado “Ideas sobre el entramado paralegal de ETA”, contenido en el Documento 15-B, que fue presentado por el Abogado del Estado adjunto a su demanda, procedente de la Unidad Central de Inteligencia de la Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de la Policía, refleja (especialmente en su páginas 5 y 6) los antecedentes del surgimiento de HERRI BATASUNA en la estrategia de “desdoblamiento táctico” que fuera diseñado por la banda terrorista ETA en el año 1994. El mismo origen, aunque vinculándolo al documento denominado “Ponencia Otsagavía” (al que después se aludirá) refleja el informe 15-A, realizado por el Servicio de Información de la Guardia Civil y ratificado posteriormente ante la Sala en el acto de rendición de la prueba testifical-pericial. Con respecto al primer informe y su valor como elemento de prueba debe indicarse ahora que no acepta la Sala las alegaciones que la demandada BATASUNA incluye en su escrito de conclusiones (página 11), en el sentido de que, al no haber sido ratificado en audiencia por sus autores, no pueda ser utilizado, pues parece claro que la expresada demandada tiene presente, al realizar tal alegación, la mecánica de prueba en el procedimiento penal en el que la regla básica (con las excepciones que nuestra jurisprudencia reconoce) es que las pruebas deben ser realizadas en el plenario. Pero en modo alguno el presente procedimiento ostenta esa naturaleza, de manera que ningún obstáculo existe al empleo de una prueba documental para la conformación del juicio del Tribunal.

Pero, además, esa realidad se desprende, sin que quede lugar a la duda, de la propia documental existente en Autos. Así, el documento denominado “KAS Bloque Dirigente”, tantas veces referenciado, bajo el título “ACERCA DEL DESDOBLAMIENTO”, expresa que fue esencialmente en el debate producido en ETA en 1974, que trajo como consecuencia la escisión, y posteriormente en la VII Asamblea de ETA (POLÍTICO-MILITAR) en 1976, el momento en el que surgió “el rechazo autocrítico a continuar ejercitando una actividad de masas y una actividad armada bajo el prisma de la unidad orgánica”. En dicho documento se destaca que “lo importante al respecto es constatar que nace del propio seno de ETA la iniciativa a formular ese desdoblamiento orgánico-estructural entre la actividad armada y la actividad de masas que, en el transcurso del tiempo, irá dando paso al ordenamiento concreto en el ámbito de la izquierda abertzale de partidos políticos y organismos obreros y populares”. Añade luego, ese mismo documento, la mención que sigue: “Así y todo, en la medida del repliegue de actividades de ETA al campo exclusivo de la lucha armada, veíamos claro que se producía una pérdida de capacidad para el ejercicio de esa Dirección entre las masas” (pág. 38), una situación que, como ya ha sido visto, conduce a la creación de la organización delegada KAS.

La “Ponencia Otsagavía” se ocupa de esa misma realidad del desdoblamiento. Ciertamente, como la parte demandada ha indicado en sus escritos y como también se ha reconocido por los testigos-peritos informantes (pero sin que esa circunstancia permita inferir ni falta de rigor ni tendenciosidad en sus autores, pese a lo que BATASUNA indica), esa Ponencia surge en el seno de la banda terrorista ETA (Político Militar), y no del grupo parecidamente delictivo ETA (Militar), del que, en las tesis de las actoras, derivaría el nacimiento de los partidos demandados. Sin embargo, como ya se indica en hechos probados, existía una coincidencia sustancial en los diagnósticos y las estrategias entre ambas organizaciones sobre este particular. Así se obtiene, por ejemplo, del hecho de que la Ponencia “KAS Bloque dirigente”, en las líneas ya transcritas, asigne un “mayor papel” en ese proceso de reflexión a ETA Político Militar y a su Séptima Asamblea. Esa misma coincidencia de planteamientos, en cuanto a la necesidad del desdoblamiento, se destaca, según se dice, en la Ponencia Otsagavía, cuando expresa: “ETA ha querido siempre llevar adelante (incluido los milis) [la alusión a los “milis” se refiere a ETA Militar] una metodología político-militar, es decir, de coordinación y complementación entre lucha armada y la lucha de masas. Para ello, y hasta la escisión, ETA había sido una organización político-militar estructurada en frentes”. Dicha Ponencia añade: ... “Con la escisión, los milis [nuevamente la referencia ha de entenderse hecha a ETA Militar] afirman la necesidad de separar organizativamente ambas luchas, mientras que nosotros afirmamos la necesidad de mantener la organización político-militar con una estructuración, además, también político-militar”.

Cabe apreciar, por tanto, en este aspecto, una plena coincidencia de diagnóstico y de estrategia entre las dos bandas terroristas. Las razones de sus discrepancias no residen en modo alguno en este extremo, sino en el papel que debería jugar el partido a crear. Para ETA Político Militar el partido debería liderar todo el proceso (estando por tanto subordinada a ella la banda terrorista) mientras que para ETA Militar es la misma banda terrorista la que debía ostentar primacía. Así lo indica la Ponencia Otsagavía, reflejando la posición de la banda ETA Político Militar: ... “Más claramente, afirmamos que la organización que ha de ejercer la dirección política del proceso revolucionario vasco, en la fase de democracia burguesa a la que nos aproximamos, ha de ser una organización exclusivamente política, ha de ser un partido que no practique la lucha armada (pág. 114). Adicionalmente interesa consignar, con respecto a todas estas coincidencias entre grupos terroristas, que ETA Militar participó como observadora en la Ponencia Otsagavía. Los funcionarios de la Guardia Civil informantes así lo indicaron (día 13, a las 13,27 horas; ese mismo día, a las 13,29 horas; nuevamente, tanto con respecto al papel de ETA Militar como observadora como la aprobación de su resultado en documentos internos, día 13, a las 13,32 horas; ese mismo día, a las 13,28 horas, se abunda por dichos funcionarios en que en lo que ETA Militar se ratifica en sus documentos es sobre la necesidad de la creación del partido de los trabajadores), etc.

Sobre las razones estratégicas que justificaban el nacimiento del nuevo partido, se dice en aquella Ponencia: ... “es innegable que la represión, sobre todo de cárcel, que hoy se abate sobre ETA no lo habría sobre ese partido con la misma fuerza a causa de un carácter estrictamente político y no armado; es innegable también que a causa de ello, sus estructuras puedan ser menos rígidas que las que hoy tiene ETA, con un funcionamiento a base de comités locales en vez de liberados, a base de reuniones y asambleas en las que se de la cara, etc.... cosas que ETA no puede hacer, que otros partidos están haciendo, y que son condición indispensable para una política (...) La razón de ello es que los militantes de la organización político-militar, obligados a mantener unas normas de clandestinidad y una compartimentación a causa de la práctica armada, van a tener una libertad de movimientos, infinitamente menor que aquellos que militan en una organización exclusivamente política”...

Una somera actividad de contraste entre aquellas premisas teóricas y la realidad finalmente alumbrada, y en especial, al ser puestas en relación con el hecho acreditado de que los distintos partidos políticos demandados se han plegado a las

directrices de la banda terrorista ETA y se han sujetado a sus órdenes y fiscalización (la última muestra está en cómo prevaleció en el “proceso BATASUNA” el modelo de dirección por ETA), lleva a la conclusión de que HERRI BATASUNA, como producto desdoblado y sumiso a las directrices del grupo terrorista, es precisa materialización del modelo organizativo que era defendido por la organización terrorista ETA Militar.

Ese liderazgo de la banda terrorista, aspecto al que luego se regresará, se aprecia además con meridiana claridad, por introducir algún ejemplo más, en la nota intervenida al terrorista “Kantauri” (Anexo XIV de la documental aneja al informe 13/2002 de la Guardia Civil). En ella se ordenan incluso los límites retributivos máximos que deben percibir los parlamentarios de los partidos demandados por razón de su inserción en Comisiones y Consejos. Parece oportuno resaltar a este respecto que la propia defensa de la parte demandada ha venido dando por hecho que los Consejos y Comisiones a los que la nota se refiere son el Consejo Rector de la Televisión Vasca (“Euskal Televista”) o el Consejo Asesor del Euskera (día 13; 14.03 horas).

Otra manifestación más de sumisión del partido a los dictados del grupo terrorista se encuentra en el hecho de que éste, con frecuencia –como ya ha sido destacado– participase en la selección de los miembros de sus Mesas Nacionales (máximos órganos dirigentes).

Resulta sumamente expresivo además el tono de los documentos internos de la banda con respecto a actitudes discolas en el proceso de cambio de EUSKAL HERRITARROK a BATASUNA, así como sobre la manera en la cual al final prevaleció el modelo de dirección: “Según el parecer de algunos el tiempo de la tregua de ETA hubiera sido mucho más adecuado para un debate así, pensando que sería mucho más aglutinador. Está claro que algunos grupos y miembros de la Izquierda Abertzale preferían un tiempo sin lucha armada para llevar adelante ese debate, pero no está tan claro qué consecuencias habría tenido eso. Viendo, en seguida de comenzar el proceso “BATASUNA” las faltas de lealtad y los desaparegos, no hay duda de que la intención de algunos no era hacer un debate serio respecto de la definición y el trabajo de la izquierda abertzale, ni reunir fuerzas, aportando las características de cada al trabajo de todos, sino hacer un debate en torno a los modelos de decisión y de la lucha armada (Zutabe 91; anexo XXI de la documental de la Guardia Civil –informe 13/2002-).

La Ponencia denominada “Colectivo Arragoa”, una de las presentadas en el denominado “Proceso BATASUNA”, es decir, aquel proceso que finalmente dio lugar al paso de EUSKAL HERRITARROK a BATASUNA, y que ha sido aportada a los autos por la propia parte demandada, indica, en tono retrospectivo respecto a ese mismo liderazgo: “el proyecto BATASUNA (...) parte con un fuerte gravamen que, querámoslo o no, le condiciona de manera importante: se trata de la decisión de ETA de seguir operando militarmente y, lo que es peor, con voluntad de marcar las pautas políticas en temas trascendentales” (244). Luego añade: “evidentemente no está en manos de los que participamos de BATASUNA, el que ETA pase a un segundo plano” (245).

De estas últimas referencias documentales cabe por tanto obtener como conclusión la existencia de clara sumisión jerárquica de los partidos demandados con respecto a la banda terrorista ETA. Debe por ello nuevamente destacarse, declarándolo probado, el hecho de que la realidad finalmente alumbrada vino a coincidir plenamente con el diseño funcional que había sido realizado por la banda ETA Militar, con postergación, por tanto, del modelo previsto por ETA Político-Militar en el que la supremacía había de corresponder al partido.

A. LA UNIDAD POPULAR.-

a) Identificación del paradigma.-

Fue en la Ponencia Otsagavía, que según ha quedado indicado fue un documento generado en el interior de la banda terrorista ETA Político Militar (hoy disuelta), pero cuyos contenidos esenciales fueron validados por ETA Militar (y partiendo del hecho ya indicado de que ésta fue observadora en dicho proceso) donde se identificó, por vez primera, el contenido funcional que debería ocupar el partido político a crear por medio del “desdoblamiento”.

Ese contenido funcional era constitutivo de un paradigma o un “tipo ideal” de acción, que quedaba denominado bajo el concepto de la “Unidad Popular”.

Así, dicha Ponencia, en lo que ahora interesa, expresaba: ... “Existe además otra razón por la cual se hace absolutamente necesaria la creación de ese nuevo organismo, la Unidad Popular Abertzale: la participación en el juego electoral. Hemos hablado de la Unidad Popular Abertzale como el instrumento más adecuado para la participación de la izquierda abertzale en la dinámica electoral. Ahora bien, el papel de la Unidad Popular Abertzale va mucho más allá de esa función [nótese cómo el modelo creado no se limita a la participación en el juego electoral, lo que sería la función de cualquier partido, sino que se le asigna el agregado peculiar que pasamos a indicar]. Nosotros concebimos la Unidad Popular Abertzale como el instrumento estratégico de masas para la revolución vasca. En efecto, si el papel del Partido revolucionario es el de llevar la dirección del proceso revolucionario [recuérdese que es en esta parte del modelo en la que existía discrepancia entre ambas organizaciones terroristas, prevaleciendo finalmente la opción de ETA Militar] el papel de la Unidad Popular Abertzale ha de ser el de organizar en su seno a las masas vascas, según el nivel de conciencia que éstas posean en cada momento. La Unidad Popular Abertzale es pues el instrumento a través del cual las masas vascas han de participar activa y directamente en la construcción de su propia historia y de una nueva sociedad para Euskadi” (...) Actuará por una parte a través de los mecanismos electorales, potenciando aquellos candidatos más representativos de las clases populares vascas y por otra como elemento dinamizador de todas las luchas que nuestro pueblo lleve a cabo (Ponencia Otsagavía; págs. 121 a 124).

b) HERRI BATASUNA como materialización de la Unidad Popular.-

Ese modelo abstracto es el que, con el devenir del tiempo, terminaría dando lugar al surgimiento de un partido político cuya denominación es además sumamente expresiva, HERRI BATASUNA, o, como se ha indicado, una vez traducido al castellano, UNIDAD POPULAR.

Algunos documentos internos, bien de la propia HERRI BATASUNA, bien de KAS o bien, incluso, de la misma banda terrorista ETA, reflejan hasta qué punto HERRI BATASUNA es la organización a la que se asigna ese papel; es decir cómo, en plena correspondencia con su nombre, termina siendo la materialización de la Unidad Popular.

Por ejemplo, la “Ponencia KAS Bloque Dirigente” (pág. 40) expresa: ... “KAS tiene (...) la concepción de que la lucha armada interrelacionada con la lucha de masas y la lucha institucional, al servicio ésta última de las anteriores, constituye la clave del avance y el triunfo revolucionario; de que la lucha de masas requiere así mismo, una alianza histórica de Unidad Popular cuya concreción actual es HERRI BATASUNA”... Nótese, al respecto, que no sólo se reconoce aquí que HERRI BATASUNA es la persona que, en el plano de los hechos, asume el desarrollo del concepto de la Unidad Popular, sino, incluso, cómo, en otro orden de cosas, tampoco se pierde oportunidad para destacar su régimen de subordinación (“al servicio ésta última de las anteriores”).

Otro ejemplo de estos se contiene en los Documentos sobre los ASK intervenidos a Manuel Inchauspe Vergara (Anexo VIII de la documentación aneja al informe 13/2002, de la Guardia Civil). En ellos se expresa con respecto a estos ASK: ... “desarrollará un trabajo de incidencia y potenciamiento de la Unidad Popular, dotándola de las orientaciones de KAS y estableciendo lazos de coordinación con el MP [movimiento popular], de tal manera que la dinámica institucional de HB [nuevamente se declara que HERRI BATASUNA materializa la Unidad Popular] sea un fiel reflejo de las necesidades de la lucha de masas” (pág. 5).

El Documento denominado “Barne Buletina” 59. Noviembre de 1991” (pág. 42) asume también que HERRI BATASUNA es la Unidad Popular: ... “Se mantiene la figura de representante-coordinador Bloque-Unidad Popular, que en adelante participará en las estructuras de dirección de HB en calidad de representante del Bloque en su conjunto, es decir, en nombre de KAS”... En idéntica dirección, ese mismo documento (págs. 44 y 45) dice: ... “entendemos que son los actuales militantes de HASI quienes (...) deben continuar dinamizando a la Unidad Popular (re)integrándose en las distintas estructuras de HB en tanto que militantes del Bloque, pero sabiendo desdoblar correctamente su actividad militante”.

El documento “Sustraia Mintegia” (pág. 14) abunda: ... “Si esto se realiza con una actitud abierta y aglutinadora, se están poniendo las bases para que por ej. reforzar que HB sea una real “Unidad Popular”

No han faltado tampoco, finalmente, declaraciones públicas procedentes de representantes de los partidos demandados en las que se han reafirmado ante la opinión pública en su desempeño de aquel rol de la Unidad Popular. Así por ejemplo, en el diario “El Mundo” de 3 de septiembre de 1996 (documento nº 6 de los aportados con su demanda por el Abogado del Estado), entrecomilladas las expresiones que allí se reflejan, es decir, siendo atribuidas por el cronista a la propia HERRI BATASUNA, se dice: ...“DEBATE- Cabe destacar también el debate surgido en HB en abril, en el que la coalición proponía “un nuevo estilo y filosofía” con el fin de renovar y desarrollar su carácter de unidad popular, “para que la HB que todos deseamos sea la base de la Unidad Popular”, según consta en el documento de debate”. Destáquese ahora que tanto el uso del concepto Unidad Popular como su consignación sustantiva, con mayúsculas, no es labor hecha por el periodista sino que éste la aporta como transcripción, entrecomillada, del llamado “documento de debate”.

Otros documentos reflejan esa misma asignación funcional, aunque ya sin referencias expresas a HERRI BATASUNA. Entre ellos podemos citar:

- El documento denominado “Sustraia Mintegia” (pág. 15)...“Además, por definición el militante de KAS debe desarrollar una doble militancia, por lo menos con relación a la Unidad Popular, y también en algún movimiento popular”...
- La Ponencia Bateginez aportada por la demandada, Batasuna, (que según los funcionarios miembros de la Guardia Civil fue la considerada “oficial” y que fue aprobada en el llamado “proceso BATASUNA”) se titula “La Unidad Popular que queremos construir”;
- Una publicación interna de la banda terrorista ETA (Zutabe) de junio de 2001 (Anexo XXI del documento-informe 13/2002 de la Guardia Civil) dice: ... “En esa situación se abordó el proceso de debate que debía haberse desarrollado hace tiempo, y los pormenores de ese proceso se pueden explicar de una manera gráfica respondiendo a las razones e intenciones iniciales, hacer el camino de HB a EH, pero recuperando en el recorrido las características de la Unidad Popular y afianzando las bases ideológicas y la línea política de la organización que surgirá”.
- Ese mismo documento ratifica luego: ... “Recordemos cuáles son las razones e intenciones del proceso BATASUNA. El sentido de este proceso se puede resumir en una frase: recuperar y actualizar las características de la Unidad Popular. Porque estaba claro que la evolución que han tenido la lucha y el proceso que durante años

hemos mantenido modificaba y en alguna medida también limitaba la naturaleza y el desarrollo de HB”. Reputa la Sala de sumo interés esta última frase, ya que pone de manifiesto la actividad común y el concierto habidos entre ETA y HERRI BATASUNA, y también porque viene a aceptar que las exigencias de la coyuntura política han desviado en ocasiones a HERRI BATASUNA de aquella función que le fue asignada y que se pretende recuperar, en su diseño más primigenio, para su desempeño por BATASUNA.

1º.3.- PASO DE HERRI BATASUNA A EUSKAL HERRITARROK.-

A. La realidad de la condena, por Sentencia nº 2/1997, de 29 de noviembre, procedente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a los que en su momento eran los veintitrés miembros de la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA, en concepto de autores de un delito de colaboración con banda armada, por haber cedido sus espacios electorales a la banda terrorista, queda oportunamente justificado en autos. Ninguna negativa existe además, de la única parte demandada comparecida, sobre la real existencia de dicha Sentencia, sino tan sólo sobre los efectos que sobre ella habría proyectado su posterior anulación por consecuencia del recurso de amparo estimado por el Tribunal Constitucional, por contravención, por el precepto penal aplicado, del principio de proporcionalidad. Pero esta concreta controversia resulta ajena a la realidad ahora abordada y por tanto es innecesaria para el juicio que se alcanza, ya que la existencia de dicha condena se aporta aquí como meramente justificativa de un estado de temor en el que sumió a los responsables del partido HERRI BATASUNA sobre la posibilidad de que adviniese una ilegalización total. Esa circunstancia, congelada en el tiempo, resulta por tanto plenamente independiente de las vicisitudes que esa resolución judicial pudo sufrir con posterioridad.

B. Múltiples publicaciones periodísticas, fruto del interés de los responsables comunes de ambas organizaciones de trazar el camino a sus seguidores, indican con claridad las causas que determinaron la sucesión operativa entre HERRI BATASUNA y EUSKAL HERRITARROK, esto es: a) el temor que a partir de la indicada dicha Sentencia produjo de que HERRI BATASUNA pudiese ser objeto de ilegalización; b) la puesta en marcha de una estrategia para limitar los efectos de semejante eventualidad; c) suavizar la imagen que HERRI BATASUNA proyectaba como especialmente vinculada a la acción terrorista; y d) vincular o comprometer (“dinamizar”) a otros núcleos sociales a su proyecto. Esos mismos medios reflejan además que la decisión de crear EUSKAL HERRITARROK surge desde dentro de HERRI BATASUNA, y no como una acción espontánea y externa. También indican que el paso de una a otra organización se presenta a la opinión pública como un mero cambio de siglas. Buena parte de esos medios periodísticos se encuentran unidos como anexo XV adjunto al informe 13/2002 del Servicio de Información de la Guardia Civil, otros se hallan en el documento nº 6 del Abogado del Estado y han sido oportunamente compulsados con sus originales.

Pues bien, con respecto a todo este dossier y las informaciones periodísticas que contiene, así como en lo atinente a su capacidad de convicción como elemento probatorio, da la Sala en este lugar por reproducidas las consideraciones introductorias que han sido mencionadas más arriba, y, en concreto, en cuanto se aborda la existencia de un deber de diligencia, de parte de los partidos políticos (atendido que en su esencia está comunicarse con la sociedad a través de los medios de difusión y crear opinión pública), en orden a la contradicción o desmentido de aquellas informaciones, que no sean aisladas u ocasionales sino constantes y unívocas, que les afecten. Ninguna actividad ha sido detectada en el pasado por parte de los partidos políticos demandados –singularmente, ahora, por EUSKAL HERRITARROK- de reacción contra aquellas versiones periodísticas, por lo que la Sala tiene por acreditadas aquellas causas y por producida la referida sucesión operativa.

Ninguna eficacia puede tener por otra parte, en orden a enervar la eficacia probatoria documental de las fotocopias de publicaciones periodísticas adjuntas al expediente, la oposición formal de la demandada. Según también se ha expresado más arriba, la mera y formularia oposición a los documentos de adverso aparece contraria a la diligencia procesal exigible y resulta además contraria a los actos propios (concreción del principio de buena fe) cuando la misma demandada, en una actitud que la Sala en modo alguno puede validar, en algún momento ha aceptado ciertas fotocopias presentadas por sus oponentes (página 15, párrafo 2 de la contestación a la demanda) y cuando ella misma se ha valido de semejantes medios de prueba.

Por hacer cierta detención en lo publicado, aquellas mismas noticias periodísticas anticipaban, antes de que la operación tuviera lugar (citando con frecuencia propias fuentes de HERRI BATASUNA o “medios cercanos”), que se produciría un cambio de siglas con la finalidad de eludir una posible ilegalización tras la Sentencia del Tribunal Supremo condenatoria a la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA. El cambio de denominación de HERRI BATASUNA por EUSKAL HERRITARROK pudiera enmarcarse –se dice– en una “operación de imagen más amplia”, con lo que la nueva dirección intentaría “consolidar su giro” (expresión que supone un cambio de rumbo del mismo cuerpo) hacia posiciones más aperturistas. Se barajaba también –indican esos mismos medios– la fórmula de constituir una nueva coalición electoral o el empleo de nombres de otros partidos políticos ya creados e inscritos en el Registro de Partidos. Se añade, además, que las bases ya habrían sido advertidas del cambio de siglas (véase en todo este sentido el periódico “El Correo”, miércoles 2 de septiembre de 1998 –doc nº 6 del Abogado del Estado–). En la prensa del día después, jueves 3 de septiembre de 1998, se da ya noticia de que el cambio se ha producido, lo que habría tenido lugar a través de un acuerdo de la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA (resulta ser por tanto una decisión interna del partido sucedido), fundado en la posibilidad de ser ilegalizada (“Diario 16” de ese día; documento 6 del Abogado del Estado). La fórmula utilizada –agrupación de electores– sería ya conocida, pues fue la utilizada veinte años atrás por HERRI BATASUNA, lo que añadiría otro indicio a dicha estrategia de sucesión. Nuevos medios contenidos en ese documento nº 6 del Abogado del Estado califican la operación como una “estrategia electoral”. Indican además que también la propia intervención de terceros en la lista (la apertura de ésta a las organizaciones ZUTIK, ESK-KUIS Y ELKARRI) habría sido decidida por HERRI BATASUNA, no respondiendo por tanto a una corriente espontánea (véase doc. nº 6 del Abogado del Estado, en un periódico cuya cabecera no consta y en la que sólo obra la mención “País Vasco 5”).

Ocurre además que esa convicción, que fluye de las noticias publicadas, puede ser contrastada en su plena corrección con un análisis de los documentos obrantes en autos. Así por ejemplo, el documento XXI de los adjuntos al informe testifical-pericial 13/2002, del Servicio de Información de la Guardia Civil, consistente en una publicación interna (“Zutabe”) de la banda terrorista ETA, efectúa el siguiente análisis retrospectivo con respecto a aquel cambio: ... “Al final se presenta la interferencia de la presunta ilegalización de HB y nace EH, pero sin desarrollar ningún proceso de debate y creación. Las elecciones estaban a la vista y no había tiempo para hacer un profundo proceso de debate. Después de esas elecciones la Izquierda Abertzale se encuentra en una situación de transición. Por una lado con una plataforma electoral (EH) sin una estructura para desarrollar la línea política y sin centro de decisión, y por otro lado una organización política (HB) pero sin una directa representación electoral. En esa situación se abordó el proceso de debate que debía haberse desarrollado hace tiempo, y los pormenores de ese proceso se pueden explicar de una manera gráfica respondiendo a las razones e intenciones iniciales: hacer el camino de HB a EH, pero recuperando en el recorrido las características de la Unidad Popular”...

Un razonamiento “a tres” permite también reforzar la conclusión de la Sala sobre la verdadera dimensión de EUSKAL HERRITARROK. Y es que, como luego se verá, obran en autos múltiples elementos probatorios que justifican la sucesión operativa que desde HERRI BATASUNA se produce hacia BATASUNA, ya que, pese a que la primera de las formaciones quedó inactiva, no fue disuelta formalmente y fue recuperada al fin

para producir su sustitución por BATASUNA. Pues bien, si este último hecho queda acreditado con datos contundentes, como de seguido pasa a exponerse, y si también queda justificado por documentos internos de EUSKAL HERRITARROK (buena muestra es su página web) que éste acepta su personal sucesión instrumental por BATASUNA, la conclusión lógica que fluye es que también, en el plano de los hechos, EUSKAL HERRITARROK sucedió a HERRI BATASUNA, y que las tres han desarrollado una misma estrategia para la consecución de sus fines; en muy buena medida, como se ha visto y se verá, dirigida desde la banda terrorista ETA.

El documento interno de HERRI BATASUNA denominado “Lan Ildoa” (anexo XIII de la documentación adjunta al informe 13/2002, en su página 5) expresa, tanto con respecto a las causas determinantes del nacimiento de EUSKAL HERRITARROK como a la cuestión de la asunción por éste del papel de la Unidad Popular y la vinculación de otros sectores a su proyecto: ... “1.7.- EUSKAL HERRITARROK.- Teniendo en cuenta el actual momento histórico, la Izquierda Abertzale tiene capacidad para hacer frente a los siguientes retos: A.- convertir el espacio electoral en espacio de colaboración, en lo que respecta a nuevos sectores y a las pasadas Elecciones de Vascongadas. B.- Responder a las intenciones (la ilegalización) que pudiera tener el Estado, mediante la valentía y con un nuevo método de lucha. Tras conseguir unos resultados espléndidos, está claro que el valor de la nueva apuesta es innegable y, por lo tanto, se posibilitan pasos a favor de la Unidad Popular. El proyecto de la Izquierda Abertzale ha salido reforzado y sus objetivos (la independencia y el socialismo) y esfuerzos han conseguido el respaldo de un amplio abanico social.

C. La parte demandada, tanto en sus escritos alegatorios como en las preguntas que efectuó a los testigos-peritos en el acto de rendición de su dictamen ante la Sala, en audiencia pública, dedicó una buena parte de sus esfuerzos a destacar el hecho de la presencia de un buen número de personas e instituciones ajenas, en principio, a HERRI BATASUNA y que se integraron en EUSKAL HERRITARROK, así como la presentación de un número muy superior de firmas al exigido para alumbrar una agrupación de electores (en concreto destaca que para constituir la agrupación de electores se presentaron 45.000 firmas cuando tan sólo eran necesarias 20.000) con lo que, a su decir, el nacimiento de esa segunda organización respondería en realidad a un movimiento ciudadano de naturaleza espontánea.

Sin embargo no puede estar de acuerdo la Sala con semejante planteamiento, ya que acreditado, como ha sido, que el alumbramiento de EUSKAL HERRITARROK respondió a una decisión tomada desde la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA, y acreditadas también sus causas determinantes, el hecho de la agregación de terceros de buena fé y desconocedores del designio externo rector de la vida de los tres partidos demandados, lejos de ser un hecho negativo para el juicio lógico alcanzado por la Sala, ratifica el desempeño de aquella función esencial que a la Unidad Popular se atribuía. Recuérdense ahora aquellos pasajes de la Ponencia Otsagavía en la que, según fue expuesto, por vez primera quedó dibujado el paradigma funcional de la Unidad Popular y donde se decía: ... “el papel de la Unidad Popular Abertzale ha de ser el de organizar en su seno a las masas vascas, según el nivel de conciencia que éstas posean en cada momento. La Unidad Popular Abertzale es pues el instrumento a través del cual las masas vascas han de participar activa y directamente en la construcción de su propia historia y de una nueva sociedad para Euskadi. (...) Actuará (...) como elemento dinamizador de todas las luchas que nuestro pueblo lleve a cabo (págs. 121 a 124). Todos esos pasajes, ya antes transcritos, deben complementarse con las siguientes menciones de ese mismo documento: En cuanto a las funciones “dinamizadoras” de la Unidad Popular se indica “al mismo tiempo, la potenciación de organismos autónomos de poder popular a todos los niveles” (Otsagavía, pag. 120). En la página 121 (Otsagavía) se expresa también que la línea política del partido a crear pasaría por “la potenciación de organismos de masas de carácter abertzale”. En la página 121 se dice: “un programa de alternativa cara a la ruptura democrática y una

alianza táctica de todas las fuerzas políticas dispuestas a impulsarlo”. Nuevamente en esa misma página 121: “La tarea del Partido es también la de crear unos instrumentos organizativos para que las masas, en la situación en la que en cada momento se encuentran, participen de una forma activa y organizada en este proceso”.

D. La presentación, el 25 de noviembre de 1998, de EUSKAL HERRITARROK como partido político, pasando de esa manera de ser una coalición de electores a asumir esta última fórmula, por D. Pedro María Landa Fernández, la misma persona que efectuó idéntico acto para el partido político BATASUNA (elemento adicional de convicción) queda plenamente acreditada por medio del documento nº 9 del Abogado del Estado, sin que se haya producido contradicción de clase alguna a este hecho procedente de la parte demandada.

E. Aspecto singularmente revelador de la verdadera naturaleza estratégica de la sucesión operativa que se produjo entre HERRI BATASUNA y EUSKAL HERRITARROK fue la coincidencia sustancial de personas en los puestos de responsabilidad de ambas organizaciones, e incluso la intervención de tales cargos, indistintamente, en calidad de representantes de una u otra formación. Pues bien, la realidad de estos hechos queda contrastada con la documental aportada al proceso por la Abogacía del Estado, como ocurre con el informe 13/2002 del Servicio de Información de la Guardia Civil, complementado en lo necesario con el documento 11 (expediente referente a D. Arnaldo Otegui) y hechos con respecto a los cuales no ha existido contradicción en sus escritos procesales por la parte demandada.

F. La falta de presentación de candidatos a las elecciones al Parlamento Vasco por parte de HERRI BATASUNA, una vez nacida EUSKAL HERRITARROK, con el fin de no producir interferencia entre ambos partidos, se justifica con el documento nº 8 del Abogado del Estado, en el cual, por el tenor de las respectivas candidaturas presentadas y proclamadas, se refleja la inconcurrencia de HERRI BATASUNA a dicho proceso electoral, evitando así, como se dice, cualquier confusión, competencia o división de fuerzas electorales en los territorios de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava. La armonía de convivencia entre ambos partidos se acredita, de manera complementaria al hecho de las coincidencias personales ya indicadas, por la inexistencia de procesos jurídicos de transferencias de locales.

G. Debe la Sala remitirse, para ratificar el juicio de inferencia alcanzado con respecto al apartado de idéntica numeración del relato de hechos probados de esta Sentencia, a lo ya indicado en el apartado B antecedente, en el que se refleja una pequeña parte de los contenidos de las publicaciones periodísticas adjuntas (anexo XV) al informe 13/2002 del Servicio de Información de la Guardia Civil.

H. El control y validación del proceso por parte de la organización terrorista ETA se desprende del documento interno de la banda terrorista ETA denominado “Zutabe” nº 91, de junio de 2001, ya antes transcrito en sus aspectos más destacables y que en todo caso son altamente significativos. También se obtiene de las afirmaciones realizadas en este sentido por los testigos-peritos informantes ante la Sala (día 13; 13,57 horas).

1º.4.- TRÁNSITO DE EUSKAL HERRITARROK A BATASUNA.-

A. Las razones y circunstancias del nacimiento de EUSKAL HERRITARROK han quedado suficientemente explicadas en el apartado que antecede. No obstante, ahora, para explicar el tránsito desde este último partido a BATASUNA, interesa reparar, como adicional elemento de convicción, por sus contenidos de carácter retrospectivo y por el juicio al que llega sobre aquello que pudiera denominarse el “cierre en falso” de

un proceso de refundación que debiera alcanzar mayor profundidad (razón justificante del nacimiento de esa tercera organización), en la publicación de la banda terrorista ETA, “Zutabe”, de junio de 2001 (Anexo XXI de la documental adjunta al informe 13/2002), que dice: ...”Al final se presenta la interferencia de la presunta ilegalización de HB y nace EH, pero sin desarrollar ningún proceso de debate y creación. Las elecciones estaban a la vista y no había tiempo para hacer un profundo proceso de debate. Después de esas elecciones la Izquierda Abertzale se encuentra en una situación de transición. Por una lado con una plataforma electoral (EH) sin una estructura para desarrollar la línea política y sin centro de decisión, y por otro lado una organización política (HB) pero sin una directa representación electoral. En esa situación se abordó el proceso de debate que debía haberse desarrollado hace tiempo”...

Un contraste de las fechas en las que se produce el surgimiento del llamado “proceso BATASUNA” aporta verosimilitud al análisis efectuado por la organización terrorista y, por el contrario, se lo resta a la versión de la demandada BATASUNA. Por ejemplo, el rotativo “Diario 16” correspondiente al 24 de junio de 2001, refleja que con el nacimiento de BATASUNA se produce la finalización de “un proceso de dos años en el que se buscaba la unión de toda la izquierda abertzale, incluida la vasco-francesa”. Esa cronología, que desmiente la afirmada por la parte demandada en su contestación a la demanda (párrafo último de la página 54), se corresponde, además, con la expresada en la otra publicación de la banda terrorista, Zutabe nº 91, de junio de 2001 (anexo documental XXI al informe 13/2002), según la cual “la Izquierda abertzale ha llevado adelante el proceso de debate “BATASUNA” durante el largo pasado año y medio” (es decir, a fines del año 1999). Pues bien, esa coincidencia temporal conduce a privar de eficacia a la afirmación de la única demandada comparecida, respecto a que el “proceso” se iniciara en la primavera del año 2000. Esta conclusión lleva también a no dar por buenas las afirmaciones que, a renglón seguido dicha parte hace, con citas de documentos cuyo contenido aporta, respecto a que el surgimiento de BATASUNA fuera consecuencia de un movimiento espontáneo de grupos de izquierda.

Es más, los orígenes internos, es decir, no espontáneos y consecuencia de un supuesto movimiento social, sino más bien objeto de diseño concertado con la banda ETA, del llamado “proceso BATASUNA”, no sólo se desprenden de aquella cronología y de las afirmaciones de las publicaciones internas de la formación terrorista sino que se corresponden también, en sus contenidos, con la fijación de una estrategia “nacional” (concepto que describe la extensión de la acción a los territorios del País Vasco francés y Navarra) en otros documentos anteriores de la banda terrorista. Semejante trazado de estrategia es hallado, por ejemplo, en el documento “Etaren Ekimena”, introducido luego en la publicación, Zutabe, del año 2000.

La creación de BATASUNA con ese mismo contenido estratégico “nacional” que le había sido asignado es, por fin, la más patente demostración de su ajuste a la asignación funcional externa que se produjo (por ETA). Lógico es pensar que si hubiera procedido de un brote espontáneo de iniciativa popular (como BATASUNA afirma) hubiera adquirido cualquier otra dimensión, mientras que, al asumir la que finalmente adquirió (o más bien se intentó que adquiriera), lo también lógico es concluir que responda a aquel designio previo exterior. La materialización de esa nueva estrategia “nacional” se acredita además por las contundentes afirmaciones, en el acto de prueba ante la Sala, que realizaron los funcionarios de la Guardia Civil deponentes (día 13; 14,16 h). También en el Zutabe de febrero de 2001 (anexo XIX de la documental adjunta al informe 13/2002) se indica: ..“En el camino de la construcción de Euskal Herria hay que mencionar tres pasos: por un lado el haber pasado el proceso BATASUNA a toda Euskal Herria (...) Que la presentación del proceso “BATASUNA” se haya extendido también a Lapurdi, Baja Navarra y Zuberoa y la participación en él de todos los miembros de la izquierda abertzale garantizan que la futura organización política que se forme sea de toda Euskal Herria”... Aquella estrategia “nacional” diseñada por la banda terrorista ETA y su asunción por

BATASUNA queda por otra parte reflejada en el documento denominado “Ponencia Bateginez” (que es la considerada como “oficial” en el “proceso BATASUNA”, y que fue la finalmente aprobada y dio lugar a la nueva organización). En ella se dice con respecto a aquella estrategia “nacional”: ... “Una organización totalmente autónoma y soberana que pretende extender su radio de acción al conjunto de Euskal Herria”... (pág. 188).

La prensa escrita es a su vez testigo de aquella asunción de la supuesta estrategia “nacional”. El periódico “Gara”, por ejemplo, (Anexo XVII de la documental portada adjunta al informe 13/2002), en una fecha cuya traducción ignora el Tribunal pero que a efectos de identificación refleja “2001 Ekaina-19 astartea” (no pareciendo necesario demorar el procedimiento ordenando su traducción de manera oficial), dice: ... “la elección para la Mesa Nacional diferencia responsables de áreas internas o específicas de personas propuestas con criterio de Herrialde o nacional” . Algo parecido indica el diario “Deia” (la fotocopia tampoco permite observar la fecha pero por el contenido de la noticia es claro que se corresponde con la fase final de creación del partido BATASUNA): ... “11 nombres elegidos “bajo criterio nacional” ... El Diario 16 del 19 de junio de 2001, después de contener, también entrecomillada, esa misma frase, recoge que, para la elección de la dirección de la nueva organización, se presentarían dos listas, la primera de las cuales sería cerrada y la segunda abierta, en la que se incluirá un nombre por cada una de las provincias vascas, vascofrancesas y Navarra (Anexo XVII de la documental adjunta al informe 13/2002). Y se termina diciendo en dicha información ... “de esta forma se garantiza la presencia de todos los territorios en la Mesa Nacional”.

La pretensión de recuperación de las esencias de aquel diseño paradigmático de la Unidad Popular en el “proceso Batasuna” se encuentra asimismo plenamente acreditada. El documento Zutabe, de junio de 2001 (Anexo XXI del Informe 13/2002), por citar algún ejemplo, dice, reconociendo el desvío por HERRI BATASUNA del paradigma: ... “Recordemos cuáles son las razones e intenciones del proceso BATASUNA. El sentido de este proceso se puede resumir en una frase: recuperar y actualizar las características de la Unidad Popular. Porque estaba claro que la evolución que han tenido la lucha y el proceso que durante años hemos mantenido modificaba y en alguna medida también limitaba la naturaleza y el desarrollo de HB”... Son además innumerables las referencias documentales que propugnan aquella recuperación del modelo. Así por ejemplo, la llamada Ponencia Bateginez, que, según se indicó, fue el documento “oficial” y que fue el finalmente aprobado en el “proceso BATASUNA”, se denomina llamativamente “La Unidad Popular que queremos construir”. Más ejemplos surgen de documentos internos de la banda terrorista o de los grupos confluyentes en dicho proceso. Así, en el Zutabe de junio de 2001, ya citado antes, se indica: “hacer el camino de HB a EH, pero recuperando en el recorrido las características de la Unidad Popular”. Entre los documentos de los grupos que confluyen en el proceso, la Ponencia Teilagorri, aportada por la parte demandada como prueba documental, indica: “zanjar de una vez por todas este debate dentro de la nueva unidad popular”. La Ponencia Igitiaia Eta Mailúa (pág. 143), también aportada por la demandada, contiene todo un apartado que se denomina “Formas de lucha y marcos de actuación de la Unidad Popular”. Por fin, la Ponencia Corriente Aralar (del mismo origen) alberga dentro de sí todo un apartado que se intitula “formas de lucha y contextos en la acción de la unidad popular”.

B. La existencia de corrientes discrepantes en el seno del llamado “proceso BATASUNA”, con respecto al valor y oportunidad de la acción terrorista, pero aún así con absoluta tibieza y con un resultado final que llevó al fortalecimiento de la acción delictiva y a la victoria de las tesis más próximas a ésta, se obtiene de las distintas Ponencias presentadas al proceso. Acumulan todas ellas además el adicional poder de convicción de haber sido aportadas a los autos por la representación procesal de la parte demandada.

Así ocurre, por ejemplo, con la llamada Ponencia Corriente Aralar. En ésta, tras hacerse una afirmación explícita de que “la Izquierda Abertzale es deudora de la historia y aportación por ETA a la lucha por la liberación nacional y social de nuestro pueblo”, y tras decirse que “el uso de la lucha armada ha sido durante la historia de la humanidad, y es en la actualidad, el instrumento habitualmente utilizado por los pueblos del mundo y las clases oprimidas para su defensa y liberación”... se afirma que sin embargo, “estratégicamente, por el contrario, hoy la lucha armada ha dejado de tener legitimidad”.

La Ponencia Colectivo Arragoa, también aportada por la representación de BATASUNA, posee un especial calado probatorio. En ella no sólo se contiene una de esas posiciones levemente discrepantes, sino que se constata la doble realidad de los vínculos entre el proyecto y la banda terrorista (pues en caso contrario no se entiende la forma en la que la realidad terrorista pueda condicionar al proyecto) y el liderazgo político de esa misma banda. En esa Ponencia se reconoce: ...”el proyecto BATASUNA parte con un fuerte gravamen que, querámoslo o no le condiciona de manera importante: se trata de la decisión de ETA de seguir operando militarmente y, lo que es peor, con voluntad de marcar las pautas políticas en temas trascendentales”...

Pues bien, como queda indicado, pese a esas discrepancias calificables como leves, y que en ningún momento podrían estimarse como una explícita y verdadera desautorización de la banda terrorista, finalmente la Ponencia triunfante, denominada “Bateginez”, calificada como “oficial” por los funcionarios de la Guardia Civil informantes ante la Sala, parte de una premisa, que la violencia se utiliza en el País Vasco en dos niveles (pág. 202). “Por un lado (...) la violencia represión y coacción que utilizan conscientemente los Estados [al utilizar el plural se está refiriendo a España y Francia] y quienes les apoyan; por otro la violencia de respuesta a favor de los principios democráticos” (202). “Existen por lo tanto agentes (...) que utilizan la violencia como instrumento político. Así entendemos la lucha armada de ETA y, aunque se sitúe en otro nivel también el fenómeno que conocemos como Kale Borroka. Estas formas de lucha no son más que una respuesta a la situación de imposición ya que quienes se implican en ellas entienden que el uso de la violencia es necesario para hacer frente a la imposición y a la violencia original” (202). Se agrega además, y esta frase es sumamente indicativa del triunfo de las tesis más vinculadas a la banda terrorista y explica el sentido de buena parte de sus actos anteriores y posteriores: “Por todo lo dicho, la nueva organización rechazará las fórmulas de condena [de los actos violentos] que no hacen sino perseguir intereses concretos y están fuera de lugar”...

El contenido de las declaraciones de la testigo propuesta por BATASUNA, D^a. Arantxa Urkaregui (día 14), abunda a favor de todas estas conclusiones, es decir, tanto con respecto al surgimiento de ciertas corrientes de contestación a la acción terrorista o a la estrategia “nacional” marcada por ETA, como con respecto al final triunfo del liderazgo de dicha banda. Aquella testigo reconoció que existieron importantes discrepancias con el grupo Aralar en materia de territorialidad (estrategia “nacional”), participación en las instituciones o lucha armada (violencia terrorista), discrepancias que dieron lugar a que esa formación quedara finalmente fuera del proceso (es decir, al triunfo de las tesis terroristas).

Es más, retrospectivamente, en una declaración que tanto contiene reproches por lo sucedido como una reafirmación de liderazgo, la publicación “Zutabe 91”, correspondiente a la banda terrorista ETA (anexo XXI de la documental adjunta al informe 13/2002), expresaba: ... “Viendo, en seguida de comenzar el proceso “BATASUNA” las faltas de lealtad y los desapegos, no hay duda de que la intención de algunos no era hacer un debate serio respecto de la definición y el trabajo de la izquierda abertzale, ni reunir fuerzas, aportando las características de cada al trabajo de todos, sino hacer un debate en torno a los modelos de decisión [estos modelos de decisión se refieren a la relación jerárquica de ETA] y de la lucha armada”

C. La coincidencia personal que se produce en el hecho de la presentación por D. Pedro Landa, es decir, el mismo que realizó idéntica actividad con EUSKAL HERRITARROK, se justifica cumplidamente con la copia del expediente de dicha inscripción que ha sido aportada a los autos como copia nº 9 del Abogado del Estado.

D. La existencia de sucesión, con similares componentes personales, se acredita, entre otros, por la presencia del mismo portavoz de las tres organizaciones (HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA), D. Arnaldo Otegui Mondragón, o por la coincidencia evidente que se produce entre los miembros de los distintos Grupos Parlamentarios -según quedará expuesto-, o, por último, por el hecho llamativo de que el Grupo Parlamentario en el Parlamento Vasco pasó, de denominarse EUSKAL HERRITARROK, a llamarse BATASUNA, sin que se produjese en aquel tiempo proceso electoral de ninguna clase. Pero además hay otros adicionales datos llamativos que evidencian la sucesión ocurrida. Eso ocurre al explicar la entidad “sucedida” quién asume el nuevo liderazgo, dirigiendo hacia ella a sus grupos afectos, e incluso cuando se produce la entrega de determinados instrumentos o herramientas, como sus publicaciones. Todo ello se extrae de la “página Web” de EUSKAL HERRITARROK (Anexo XIX de la documental anexa al informe 13/2002, cumplidamente justificada además con un acta notarial de presencia aportada como documento nº 19 por el Abogado el Estado).

E. Además, en esa página Web se ilustra a la militancia o sectores afectos, de modo singularmente contundente, sobre la inexistencia de fracturas o interrupciones y por el contrario sobre la existencia de una pura sucesión operativa, exhortando además a todos aquellos sectores a mantener, a partir de ese momento, su comunicación con la organización sucesora: ... “ya está en la red el nuevo número del boletín internacional de EH, que viene a convertirse en el último legado de la desaparecida organización de cara a la comunidad internacional. Debido a que este boletín recoge las iniciativas y análisis de los último meses, EH ha elaborado este último número , pero dentro de dos meses encontraréis el número 2 en la página de BATASUNA pues la nueva organización de la izquierda de Euskal Herria ha recogido el testigo de ofrecer la verdadera cara de nuestro pueblo al mundo”. Luego dice: “Una nueva organización, una nueva página web. El 23 de junio de 2001 nace una nueva organización, la nueva herramienta [véase cómo se reconoce el puro papel instrumental, de herramientas, de las distintas formas organizativas] que aglutina a la izquierda de Euskal Herria y que asume como reto el llevar a este pueblo a un nuevo escenario de libertad, y con ello EUSKAL HERRITARROK se integra en la misma. Encontraréis referencias sobre la nueva organización, sobre el largo proceso que la ha hecho posible, y el reflejo del quehacer diario de BATASUNA en la nueva página web. Euskal-Herritarrok.org se despidе, pues, para dar paso a <http://www.BATASUNA.org/>”.

1º.5.- FACTORES COMPLEMENTARIOS DE CONEXIÓN ENTRE DICHOS PARTIDOS.-

A. El mantenimiento significativo de los mismos responsables políticos, pese al cambio y sucesión producidos dentro de éstos, ha quedado asimismo oportunamente acreditado a través de su contraste probatorio.

- Es el caso por ejemplo de D. Arnaldo Otegui Mondragón. Su condición de portavoz de los tres partidos se acredita con los documentos nº 6 (informaciones periodísticas) y 11 (expediente personal) del Abogado del Estado. Además, aquellos documentos periodísticos que fueron aportados por mera fotocopia, en concreto aquellos que destaca como más significativos su representación proponente (“ABC” de 4 de septiembre de 1998, “Deia” de 4 de septiembre de 1998 o “Diario 16” de 5 de septiembre de 1998), han sido contrastados con sus originales en trámite de prueba. Es singularmente significativo, además, lo que excusa todo desarrollo argumental adicional en justificación de esa misma conclusión probatoria, que la representación

procesal de HERRI BATASUNA no haya negado de modo específico este hecho, a diferencia de lo que ha realizado con otros en los que sí constata su oposición.

- El caso de D. Joseba Permach, que fue coordinador de la Mesa Nacional de HERRI BATASUNA y también de su sucesora, BATASUNA, se demuestra con el documento nº 12 de los presentados por aquella misma representación, habiéndose efectuado contraste también con originales. Además tampoco respecto de dicha presencia o sus responsabilidades se observa negativa explícita de ninguna clase por la demandada, lo que lleva a tener también esta realidad por acreditada.

- Lo propio cabe decir con respecto a D. Jon Idígoras, cuyo contraste probatorio se encuentra en el documento nº 13 adjunto al escrito de demanda del Abogado del Estado.

- La coincidencia destacada de similares miembros de las Mesas Nacionales (órgano máximo de los tres partidos demandados) se obtiene de los documentos 15.a) y 15.b) del Abogado del Estado, ratificado y desarrollado el primero de ellos ante la Sala en audiencia pública. Tampoco ha habido negativa ni reparo de ninguna clase respecto de esas coincidencias por parte de la demandada BATASUNA, lo que lleva también a tener este aspecto por probado.

B. La composición de los grupos parlamentarios, y las coincidencias personales existentes dentro de ellos, queda oportunamente demostrada con el testimonio notarial que obra como documento nº 16 de dicha representación, en el que se da cumplida cuenta de la existencia y composición de dichos grupos parlamentarios. En lo correspondiente a los distintos candidatos presentados la cumplida prueba obrante en autos debe verse fortalecida por el hecho de la falta de oposición explícita del lado de la parte demandada.

C. La existencia de locales comunes para varias de las formaciones demandadas (en este caso sólo en número de dos) se demuestra con el informe 13/2002, procedente del Servicio de Información de la Guardia Civil, en este particular ratificado ante la Sala en vista pública.

1º.6.- VÍNCULOS ADICIONALES DE CONEXIÓN CON LA BANDA TERRORISTA ETA.-

El hecho de la condena a D. Arnaldo Otegui Mondragón (miembro de las Mesas Nacionales de los partidos demandados y portavoz de todos ellos, como autor de un delito de detención ilegal (secuestro) a la pena de seis años de prisión, se obtiene del contraste de las afirmaciones de las partes actoras con el Documento nº 8 del Ministerio Fiscal, en el que se contiene dicha Sentencia condenatoria.

Debe destacarse además un dato que ostenta singular trascendencia en este momento, en el que la Sala se halla inmersa en el proceso de valoración de la prueba y de constatación de los juicios de inferencia que ha obtenido a partir de los elementos probatorios obrantes en el procedimiento. Este dato es que, probablemente por la notoriedad del hecho, la única demandada que se halla comparecida en Autos, BATASUNA, acepta de modo explícito las afirmaciones fácticas de la Abogacía del Estado con respecto a la inserción de personas condenadas por delitos de terrorismo en los órganos directivos de las formaciones demandadas o en sus listas electorales. Así, dice la demandada (pagina 17), que “todas las personas que se citan por el actor, o han cumplido condena y están en libertad, o han sido privados de sus derechos y prerrogativas, si mantenían sus cargos públicos, por efecto de las Sentencias condenatorias”. Todas las páginas posteriores de dicho escrito de contestación (18 a 21) abundan en el sentido de aceptar aquellas mismas afirmaciones y limitar su discrepancia a aspectos puramente jurídicos, como son la posible inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2002, sobre los efectos jurídicos de la rehabilitación o sobre la eficacia de determinada Sentencia. Pues bien, la constatación de esa misma posición procesal, unida a la regla que se contiene en el artículo 281.3 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, según la cual “están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes”, excusa a la Sala de efectuar un análisis exhaustivo de todo el soporte probatorio de las afirmaciones de las actoras en este mismo sentido. Sólo procede hacer por tanto una somera mención con respecto a la Sentencia de 2/1997, de 29 de noviembre, procedente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, contra cuya utilización como elemento de prueba la parte demandada comparecida, BATASUNA, reacciona vivamente. Este Tribunal declara al respecto que, sin perjuicio de la desaparición de las consecuencias de aquella misma Sentencia por cuanto el Tribunal Constitucional entendió que la norma aplicable incurría en desproporción (lo que le llevó a acoger el amparo que frente ella se formulaba), y dado que la declaración fáctica en ella contenida no experimentó reproche alguno, puede ser apreciada como elemento adicional de convicción de los vínculos entre ETA y HERRI BATASUNA. En especial ello ocurre por el carácter singular que el juicio de amparo posee, como únicamente destinado a tutelar un derecho fundamental lesionado. Pues bien, la inexistencia de declaración de ninguna clase por el Tribunal Constitucional con respecto al relato fáctico de aquella Sentencia, sin perjuicio de la posterior desaparición de sus consecuencias punitivas, hace que este relato pueda ser empleado como elemento de conocimiento en los presentes autos.

1º.7.- SISTEMAS DE CONTROL SOBRE EL CONJUNTO DE ORGANIZACIONES.

El bloque de afirmaciones fácticas que se contienen en el apartado correlativo del relato de los hechos probados de esta Sentencia tiene carácter de recapitulación sobre una serie de medios de control o interferencia, procedentes de la banda terrorista ETA o de su organización instrumental KAS, que ya han sido desarrollados en su mayor parte, en su análisis probatorio, a la hora de abordar los efectos concretos que esos mismos sistemas han producido. Así, la inserción dentro de HERRI BATASUNA, como técnica para su control, de dos partidos claves dentro de la organización KAS, delegada de la banda terrorista ETA, ha merecido la oportuna atención al momento de desarrollarse la forma en la que HERRI BATASUNA fue creada. Lo mismo sucede con los mecanismos de la doble militancia que se imponía a las personas encuadradas dentro de HASI o de ASK como elemento de control sobre la llamada Unidad Popular. La directa jerarquía que existía desde KAS sobre todos estos militantes, sin necesidad de interlocución de las estructuras en las que se insertaban, queda también cumplidamente justificada. Por ello interesa solamente ahora detenerse en exclusiva sobre aquellos procedimientos de control que no han recibido un análisis probatorio suficiente, en un nivel de detenimiento que soporte sin indefensión las afirmaciones fácticas de la Sala.

Eso sucede por ejemplo con lo relativo a la existencia de directas órdenes de ETA. Pues bien, según el informe de la Guardia Civil ante la Sala (día 13; 11,52) la mecánica producida era que los niveles superiores de las distintas organizaciones subordinadas se reúnen con ETA, que es quien impartía las órdenes que después debían ejecutarse. Esa misma conclusión se deriva, sin lugar alguno para la duda, del análisis de las llamadas “actas de KAS”, a las que en su lugar se hizo detallada referencia, que reflejaban los acuerdos celebrados con los distintos partidos que luego quedaban insertos en HERRI BATASUNA; reuniones en las cuales ETA gozaba de “voto de calidad”. La fijación explícita del nivel máximo de retribuciones que los miembros de los partidos demandados podían percibir por su participación en comisiones u organismos y el establecimiento del nivel máximo de desarrollo y responsabilidades políticas que podían llegar a ostentar, todo ello objeto del oportuno detenimiento, es también prueba de la existencia de una dinámica jerárquica que se traducía en directas órdenes. En lo que se refiere a la fijación de estrategias políticas, cabe citar aquella de carácter global que ETA diseñó en su publicación interna “Etaren Ekimena” (anexo XI de la documental aportada por la Guardia Civil), en la que se fija la articulación de organizaciones de carácter nacional, tras la cual el proceso de creación

de BATASUNA se plegó miméticamente a ese diseño (este extremo se ratificó además contundentemente en el acto de prueba ante la Sala el día 13; 14,16 h). Otro ejemplo de aquella fijación de estrategias sería la de “contextualización” (concepto gramaticalmente incorrecto, pero que, por su capacidad descriptiva de la operación que realiza y por ser habitualmente empleado por los partidos demandados y la organización terrorista ETA, será, pese a todo, empleado por el Tribunal a partir de ahora) de los atentados, que diseñada por ETA en el fondo comporta un diseño propagandístico captatorio destinado a anular el horror de la sociedad ante los crímenes. Esa “contextualización”, según expusieron con rotundidad los funcionarios de la Guardia Civil deponentes, fue objeto de encargo, por los documentos internos de ETA, a los partidos demandados (día 13, 12,50 horas).

2º.- CONDUCTAS DE LOS PARTIDOS DEMANDADOS POSTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 6/2002.

1. NEGATIVA DE BATASUNA A NOMBRAR REPRESENTANTES EN LA PONENCIA DEL PARLAMENTO VASCO QUE SE OCUPARÍA DE LA SITUACIÓN Y NECESIDADES DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO (3 DE JULIO DE 2002).

Este hecho ha quedado plenamente acreditado en virtud del documento nº 62 aportado con su demanda por el Abogado del Estado, debidamente compulsado, cuyo contenido no ha sido desvirtuado de contrario. El mencionado documento incorporaba la noticia publicada al respecto por la agencia EfeData el día 3 de julio de 2002 en términos coincidentes con los expuestos en el relato de hechos probados.

No constituye obstáculo alguno para alcanzar esta conclusión el hecho de que la demandada, en su escrito de alegaciones (folio 91) efectúe una referencia a la errónea inclusión de este hecho en el artículo 9.3.b) de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, pues tal valoración habrá de ser objeto de análisis en el fundamento de esta sentencia dedicado a la calificación jurídica aplicable a los hechos probados, mas no en éste, que se refiere a la prueba del hecho imputado por el Abogado del Estado.

Asimismo, por idéntico motivo ha de rechazarse la alegación que la parte demandada realiza en la página 91 de su escrito de alegaciones (por referencia a lo dicho en la página 89 del mismo texto), en el sentido de que “no era necesario aportar documento alguno que desvirtuar a la actuación de ese grupo municipal, ya que se trataba de una actuación política sin la finalidad que la contraparte le quiere otorgar” (sic), pues no se trata ahora de valorar la trascendencia de una determinada actuación, sino de determinar si tal actuación se produjo realmente en los términos descritos por el Abogado del Estado, lo que, como dijimos al comienzo de este apartado, ha quedado demostrado en virtud de la información periodística atinente al caso, debidamente cotejada, que se ha incorporado a este proceso regularmente y que debe surtir plenos efectos a tenor de lo previsto en el artículo 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. DECLARACIONES DE D. ARNALDO OTEGUI EN RESPUESTA AL AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5, QUE DECLARABA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE BATASUNA POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA ACCIÓN VIOLENTA URBANA DENOMINADA “KALE BORROKA” (3 DE JULIO DE 2002).

La realización de estas declaraciones y el contenido de las mismas debe considerarse acreditado en virtud del documento número 57 de los aportados con su demanda por el Abogado del Estado. Dicho documento, que ha sido debidamente compulsado,

comprende la información ofrecida al respecto los días 3 y 4 de julio de 2002 por la agencia EfeData y por los periódicos El País, La Vanguardia y La Razón.

Estos medios de comunicación recogieron en términos sustancialmente coincidentes entre sí lo acaecido durante el acto en el que intervino D. Arnaldo Otegui.

3. PARTICIPACIÓN DE D. ARNALDO OTEGUI EN LAS CAMPAS DE ALBERTIA (7 DE JULIO DE 2002)

Estos hechos han quedado acreditados mediante la incorporación al proceso del documento número 78 de los aportados con su demanda por el Abogado del Estado, documento que ha sido debidamente compulsado y que incluye la información suministrada al respecto por el periódico Gara.net del día 15 de julio de 2002.

A estos efectos no resulta relevante el error material observado en la demanda del Abogado del Estado en relación con la fecha de los hechos, al deducirse con claridad del escrito de alegaciones de la demandada BATASUNA que aquellos no pudieron tener lugar el 19 de julio de 2002, sino que sucedieron el día 7 de julio de 2002.

Del mismo modo, debe negarse trascendencia alguna a efectos probatorios al argumento que BATASUNA incluye en su escrito de alegaciones (página 115), de no tratarse el acto en el que participó D. Arnaldo Otegui de un homenaje a “presos y etarras”, sino de recuerdo a los fallecidos el 11 de noviembre de 1936 en la batalla de Albertia, pues esa cuestión será objeto de valoración en el fundamento correspondiente, debiéndonos ceñir en éste, exclusivamente, a determinar si los hechos imputados por el Abogado del Estado han quedado o no acreditados, lo que, como antes dijimos, debe ser objeto de respuesta afirmativa por haber formado esta Sala su convicción al respecto con base en el documento periodístico antes citado, que debe surtir plenos efectos probatorios en virtud de lo dispuesto en el artículo 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el reconocimiento implícito del hecho por la demandada según se ha explicado antes.

4. PARTICIPACIÓN DEL ALCALDE Y UN CONCEJAL DE BATASUNA DEL AYUNTAMIENTO DE LEZO EN UNA MANIFESTACIÓN DE APOYO A TERRORISTAS PERTENECIENTES A ETA RESIDENTES EN VENEZUELA (13 DE JULIO DE 2002).

Estos hechos han quedado acreditados en virtud de la prueba documental aportada por el Abogado del Estado con su demanda (documentos números 52 y 74, debidamente compulsados), consistente en fotocopias de los periódicos Gara y Gara.net de 14 de julio de 2002, en los que se informaba de que la Ertzaina había detenido “en Lezo al alcalde y a un edil de BATASUNA en el transcurso de la manifestación en protesta por las entregas de los refugiados políticos vascos”, señalando como objeto de la manifestación el de “reclamar el derecho de los refugiados políticos a vivir en Euskal Herria”, y añadiendo que las “movilizaciones a favor de los derechos de los represaliados políticos se repitieron en numerosas localidades”, entre las que el diario citaba las de Ziburu, Zornotza, Elgoibar, Azkoitia y Arrasate.

Asimismo, los Agentes de la Policía Autónoma Vasca números 64.076 y 59.804, que depusieron como testigos ante esta Sala en la mañana del día 8 de enero de 2003, corroboraron la participación de los mencionados dirigentes de BATASUNA en la manifestación y su detención por portar una pancarta con el símbolo de la organización ilegal Gestoras Proamnistía.

Estos hechos, por otra parte, han sido esencialmente admitidos por BATASUNA, aunque esta parte demandada –páginas 79, 80 y 114 de su escrito de alegaciones–

pueda legítimamente mantener su particular posición sobre la consecuencia jurídica que quepa extraer de los mismos a los efectos de este proceso, la cual será analizada en el fundamento correspondiente.

5. DECLARACIONES DE D. JOSETXO IBAZETA, PORTAVOZ MUNICIPAL DE BATASUNA, EN LA CONCENTRACIÓN CELEBRADA EN LA COMANDANCIA DE MARINA DE SAN SEBASTIÁN (16 DE JULIO DE 2002)

La acción a que se refiere este apartado, esto es, las declaraciones de D. Josetxo Ibazeta, portavoz municipal de BATASUNA, realizadas el 16 de julio de 2002 en el curso de una concentración celebrada en la Comandancia de Marina de San Sebastián ha quedado acreditada mediante la incorporación al proceso del documento número 58 de los aportados por el Abogado del Estado con su demanda, que ha sido debidamente compulsado.

Este documento se refiere a la información publicada por el periódico El País en su edición del día siguiente al de la concentración, en la que recogió las manifestaciones de D. Josetxo Ibazeta en términos sustancialmente coincidentes con los descritos en el correlativo apartado de hechos probados de esta sentencia.

La veracidad de los hechos imputados por el Abogado del Estado a D. Josetxo Ibazeta ha quedado igualmente demostrada por las declaraciones vertidas oralmente ante la Sala por los testigos D. Gonzalo Quiroga Churrua, D. José Antonio Foncillas y D. Carlos Galindo Jiménez en la sesión del día 9 de enero de 2003.

A esta conclusión no cabe oponer válidamente la argumentación expresada por BATASUNA en su escrito de alegaciones (páginas 84 a 86), atinente –en síntesis- a la parcialidad de los testigos y a la inicial imputación a D. Josetxo Ibazeta de determinados gritos de apoyo a la banda terrorista ETA que luego no han sido probados, pues, por una parte, no son esas frases las que la Sala ha tomado en consideración a estos efectos, sino las que se hicieron constar en el correspondiente relato de hechos probados, y, por otra, no cabe dudar de la imparcialidad de los mencionados testigos por el mero hecho de que ostenten responsabilidades públicas (como se razonó en el fundamento correspondiente de esta Sentencia).

6. DECLARACIONES DE JOSE ENRIQUE BERT, PORTAVOZ DE BATASUNA EN EL AYUNTAMIENTO DE VITORIA (19 DE JULIO DE 2002).

Estos hechos han quedado acreditados en virtud de la prueba documental aportada por el Abogado del Estado (documentos números 55 y 56 aportados con la demanda debidamente compulsados), sin que de contrario se haya presentado prueba alguna que desvirtúe su contenido.

Estos documentos incorporan la información publicada al respecto el día 20 de julio de 2002 por los diarios El Correo y la Razón, cuyo contenido no ha sido cuestionado por la parte demandada, aunque ésta extraiga de aquélla –página 82 de su escrito de alegaciones- consecuencias jurídicas distintas de las inferidas por la parte demandante y por esta Sala.

En consecuencia, y dado que la eficacia probatoria de las informaciones periodísticas ha sido objeto de análisis específico y detenido por esta Sala, cabe concluir señalando que la consideración general efectuada por BATASUNA a propósito de aquéllas tampoco impide que este Tribunal estime probados los hechos a que se refiere este apartado, en virtud del valor probatorio que cabe otorgar a los documentos aportados

con base en el artículo 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7. NEGATIVA DE BATASUNA A CONDENAR EN PLENO MUNICIPAL LA CAMPAÑA DE AMENAZAS SUFRIDA POR LOS EDILES DEL PSE-EE DEL AYUNTAMIENTO DE AMOREBIETA (30 DE JULIO DE 2002).

Estos hechos han quedado acreditados en virtud del documento número 60 de los acompañados a la demanda por el Abogado del Estado, debidamente compulsado, que incluían la información publicada en el diario El Correo el día 31 de julio de 2002, que reflejó lo acaecido en términos sustancialmente coincidentes con los expresados en el relato de hechos probados de esta sentencia.

A este respecto, BATASUNA se ha limitado en su escrito de alegaciones –páginas 89 y 90- a reiterar una vez más su oposición general a la validez probatoria de los documentos que incorporan informaciones periodísticas y a señalar como medio de prueba más eficaz la incorporación de la certificación del acuerdo municipal al que se refiere la noticia, basando principalmente su alegato en el argumento de que no es preciso aportar documento alguno para desvirtuar la imputación que se hizo al grupo municipal BATASUNA, por tratarse la “no condena y la abstención” de “una actuación política sin la finalidad que la contraparte le quiere otorgar”.

En consecuencia, no habiéndose cuestionado por BATASUNA la veracidad y exactitud de los hechos imputados, y habiéndose ceñido aquella en su oposición a efectuar valoraciones sobre las consecuencias jurídicas que de ellos pudieran derivarse –lo que será analizado en el fundamento correspondiente de esta sentencia- y a reiterar el motivo genérico de impugnación relativo a las informaciones de prensa que ya ha sido desechado por este Tribunal, cabe concluir rechazando la postura de la demandada en este extremo y estimando demostrados los hechos imputados por el Abogado del Estado con base en los documentos incorporados al amparo de lo previsto en el artículo 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

8. RUEDA DE PRENSA OFRECIDA POR EL ALCALDE Y EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL AYUNTAMIENTO DE ONDARROA, D. LOREN ARKOTXA Y D. AITOR ARTETXE, EN RELACIÓN CON LA POSIBLE ENTREGA A ESPAÑA DE DON KEPA BADIOLA, MIEMBRO DE ETA CONDENADO EN FRANCIA (2 DE AGOSTO DE 2002).

Estos hechos han quedado acreditados en virtud del documento número 53 aportado por el Abogado del Estado con su demanda, que ha sido debidamente compulsado, y que incorpora la información suministrada al respecto en las ediciones del diario Gara de los días 2 y 3 de agosto de 2002.

Cabe señalar, además, que estos hechos no han sido cuestionados por BATASUNA, que se ha limitado –página 81 de su escrito de alegaciones- a justificar las declaraciones efectuadas por el Alcalde de Ondarroa por haberse efectuado en el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión.

9. NEGATIVA DE BATASUNA Y SUS DIRIGENTES A CONDENAR EL ATENTADO DE SANTA POLA EN EL QUE MURIERON DOS PERSONAS (4 DE AGOSTO DE 2002 Y DÍAS POSTERIORES).

Estos hechos, alegados por las partes demandantes, han quedado plenamente acreditados en virtud de la prueba documental aportada con las demandas del Abogado del Estado (documentos números 32, 34, 48, 49, 50 y 51) y del Ministerio

Fiscal (documentos números 36 a 41), que han sido debidamente compulsados, así como por el Informe 13/2002 de la Guardia Civil, también acompañado a la demanda del Ministerio Fiscal (documentos números 4 a 7), y ratificado ante la Sala por sus autores.

La prueba de estos hechos resulta también del Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de 26 de agosto de 2002 (incorporado como documento número 17 de los acompañados a la demanda del Abogado del Estado), donde se transcriben documentos internos de la banda terrorista, como los intervenidos al miembro de ETA “Santi Potros” o el Boletín interno de dicha organización terrorista Zutabe nº 15, y la misma conclusión cabe deducir de la testifical practicada en este proceso (sesión de 14 de enero de 2003) a instancia de la parte demandada, en la que D^aArantxa Urkaregui y D. Koldo Gorostiaga afirmaron que las condenas “tampoco valen para nada” y que “la acción de condena dificulta, retarda o puede ser que impida una solución al conflicto”.

En el sentido probatorio expuesto abunda el hecho de que los testigos D. Alfonso Alonso y D^a Ana Urchueguía, alcaldes de Vitoria y Lasarte-Oria, respectivamente, coincidieron en sus manifestaciones al señalar que la estrategia de los representantes de BATASUNA suele consistir en no acudir a las Juntas de Portavoces convocadas para evitar condenar los atentados.

En último término, resulta definitivo a efectos de prueba de los hechos a que se contrae este apartado el dato de que la parte demandada –en las páginas 59, 69, 74, 76, 77, 78 y 138 de su escrito de alegaciones- reconoce expresamente como acreditada la conducta de BATASUNA relativa a “la no adhesión –mediante el silencio o la abstención- a los comunicados o documentos de condena de atentados de ETA”.

10. UTILIZACIÓN DEL ANAGRAMA DE GESTORAS PROAMNISTÍA EN AYUNTAMIENTOS GOBERNADOS POR BATASUNA Y EN LA PÁGINA WEB DE ESTA ORGANIZACIÓN.

La utilización por BATASUNA del anagrama que identificaba la actividad de Gestoras Proamnistía ha quedado constatada mediante la prueba aportada a este proceso por las partes demandantes, en concreto en virtud de los documentos números 64 a 72 aportados por el Abogado del Estado con su demanda, que incluyen actas levantadas en las localidades del País Vasco que se mencionan en el relato de hechos probados, y por el informe de la Guardia Civil 13/2002, obrante como 15 a) de los acompañados a la demanda del Abogado del Estado, ratificado por sus autores en las sesiones orales celebradas ante esta Sala, que presenció la proyección del contenido del mencionado informe a través del recurso informático denominado Power Point.

No obsta a esta conclusión el hecho de que la parte demandada argumente en su escrito de contestación (página 45) que el símbolo utilizado para el acercamiento de los presos vascos a Euskal Herria no es privativo de Gestoras, ni de titularidad de esta organización, ni declarado ilegal por autoridad judicial alguna, por ser evidente que, con independencia de la titularidad formal del símbolo y de que otras organizaciones o colectivos puedan haber hecho uso de él, se ha constatado en este proceso su utilización por BATASUNA, así como una identificación notoria entre dicho símbolo y la campaña desarrollada respecto del acercamiento de “presos vascos” a Euskadi, que, acometida inicialmente por Gestoras, fue continuada posteriormente, tras la ilegalización de ésta, por BATASUNA, y ello con independencia de que los hechos declarados probados puedan o no ser subsumidos en alguno de los supuestos tipificados en el artículo 9 de la Ley de Partidos.

En el mismo sentido, debemos destacar que la parte demandada, en su escrito de alegaciones (páginas 100 a 105), ha centrado sus esfuerzos argumentativos en el

análisis de las consecuencias jurídicas que pudieran extraerse de la utilización del referido símbolo, cuya “amplia aceptación social” considera “indiscutible”, así como en la falta de relación de ETA con dicho símbolo, mas sin negar en momento alguno el hecho de su utilización por BATASUNA, que es, precisamente, lo que importa en este fundamento.

11. ACTITUD DE DIRIGENTES DE BATASUNA EN MANIFESTACION CELEBRADA EN SAN SEBASTIÁN (11 DE AGOSTO DE 2002).

Los sucesos referidos han quedado acreditados en virtud del documento número 30 de los aportados por el Abogado del Estado junto con su demanda, que ha sido debidamente compulsado, y que incluye la información ofrecida al respecto por los periódicos El Mundo y La Razón en sus ediciones del día 12 de agosto de 2002, y asimismo por el documento número 35 de los acompañados por el Abogado del Estado con su demanda, que también ha sido debidamente compulsado, y que incluye copia de la información publicada por los periódicos El Mundo, Deia, Gara, El Periódico, ABC y La Razón. Estos documentos reflejan lo sucedido en términos que coinciden, en esencia, con los expuestos en el correspondiente apartado de hechos probados.

Igualmente, la acreditación de estos hechos se desprende, sin lugar a dudas, de las manifestaciones de los Agentes de la Policía Autónoma Vasca números 59.889, 59.888, 59.887, 64.137 y 64.138, que depusieron ante esta Sala como testigos en la mañana del día 8 de enero de 2003, y que confirmaron con sus declaraciones la exactitud y veracidad de las informaciones publicadas en prensa, debiendo destacarse especialmente a estos efectos el dato de que los agentes mencionados en tercer y cuarto lugar describieron con notable precisión la intervención de Don Arnaldo Otegui, que resultó decisiva para solucionar el altercado que se produjo al intentar agredir varios de los manifestantes a un cámara de televisión que cubría la información de la manifestación.

Estos hechos, por otra parte, no han sido desvirtuados por BATASUNA, que no se refiere a ellos en su escrito de alegaciones, limitándose en su escrito de contestación a la demanda (páginas 70 a 73) a cuestionar que D. Joseba Alvarez y D. Iñigo Balda hicieran, con ocasión de la concentración que tuvo lugar ese día, las declaraciones que les imputaban el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, las cuales no han sido tomadas en consideración por esta Sala, bien por su carácter equívoco, en el caso de las declaraciones de D. Joseba Alvarez, o por no estar probadas suficientemente a estos efectos, en el supuesto de los gritos atribuidos a D. Iñigo Balda.

12. EXHIBICIÓN PÚBLICA DE PANCARTAS DE APOYO A LA ACTIVIDAD TERRORISTA O A QUIENES LA PRACTICAN EN AYUNTAMIENTOS GOBERNADOS POR BATASUNA.

En relación con estos hechos a que ahora nos referimos han quedado incorporadas al proceso, como documentos números 64 a 72 de los acompañados a la demanda por el Abogado del Estado, diversas actas levantadas por Notarios ejercientes en el País Vasco los días 12 y 14 de agosto de 2002 en las localidades de Oiartzun, Hernani, Ondarroa, Lekeitio y Elorrio, cuyo contenido, en cuanto ahora interesa es el siguiente.

a) Lekeitio

“Siendo las dieciocho horas y veinticinco minutos del día de la autorización de la presente acta me persono en las inmediaciones del edificio sede del Ayuntamiento de Lekeitio, donde compruebo que en la fachada del mismo que da a Emparantza Forua (Plaza de los Fueros) se encuentran colgadas tres pancartas que coinciden con las que

aparecen en las fotografías que han quedado incorporadas a la presente acta, numeradas a mano por mí con los números uno y dos, constando ambas en el mismo folio. La pancarta relativa a los presos vascos aparece en la fotografía número uno en la parte superior izquierda de dicha fotografía y del edificio; las otras dos pancartas quedan reflejadas en la fotografía número dos en la parte inferior de dicha fotografía y del edificio. El texto de las citadas tres pancartas coincide exactamente con el que figura al pie de las fotografías reseñadas”.

El mencionado texto es del tenor literal siguiente:

“FOTOGRAFIA N° UNO al pie: Pancarta: “Euskal Presoak Euskal Herria”. Presos vascos a Euskal HERRIA”.

“FOTOGRAFIA N° DOS al pie: Pancarta: “Nork ez du maite Askatasuna. Nahiz eta leer egin esku artean. Urko, Ekain, Zigor, eta Patxi. Herria ez du barkatuko”. Quien no quiere la libertad. Aunque les explote en las manos. Urko, Ekain, Zigor y Patxi, el pueblo no perdonará.

Pancarta: “Dispertsioa heriotz zigorra”. Dispersión es igual a pena de muerte”.

b) Ondarroa:

“Siendo las veintiuna horas y quince minutos del día de la autorización de la presente acta me persono en la Villa de Ondarroa con el fin de comprobar si las seis fotografías que se incorporan a la presente acta (constando cada una de ellas en el anverso del folio y numeradas por mí a mano del uno al seis) se corresponden a fecha de hoy con el aspecto que presentan los lugares en que fueron tomadas. A tal efecto, manifiesto que la pancarta o cartel que aparece en las fotografías números uno, dos y tres (tomadas desde distintas perspectivas) y que literalmente reza “EUSKAL PRESOAK EUSKAL HERRIRA-ONDARROAKO UDALA” se encuentra en una de las fachadas del Ayuntamiento de Ondárroa. Asimismo compruebo que en la terraza o parte superior de una oficina o dependencia municipal sita en la calle Kanttoipe (oficina en cuya puerta, en su parte superior hay un cartel que dice “ONDARROAKO UDALA” es decir, “Ayuntamiento de Ondárroa”) está en la actualidad colgada la pancarta cuya existencia refleja la fotografía número dos, siendo la inscripción que figura en ella del mismo tenor literal que el que se reseña al pie de la citada fotografía”.

El texto que acompañaba a cada una de las fotografías era del tenor literal siguiente:

“FOTOGRAFIA N° UNO al pie: Pancarta: “Euskal Presoak Euskal Herria”. Presos vascos a Euskal Herria”.

“FOTOGRAFIA N° DOS al pie: Pancarta: “Zu sortu zinen enbor beretik sortuko dira besteak. Agur eta ohore Oalia (sello de E.T.A.)” Lo que tú creaste desde el tronco, los demás lo conseguirán. Saludo y homenaje Olaia”.

c) Hernani:

“A las dieciséis horas del día doce de agosto de dos mil dos me persono en la localidad de Hernani, concretamente ante la fachada del Ayuntamiento de dicha localidad. Una vez allí, compruebo que el estado de la fachada y lo que aparece en la misma coincide con lo que se aprecia en las fotografías números uno y dos de las tres enviadas por correo electrónico y que con esa numeración quedarán unidas a esta acta. En concreto, coincide con las fotografías la presencia en las ventanas y en el balcón de la fachada del Ayuntamiento de varias fotografías con rostros de personas, además de un cartel con la leyenda “Euskal Presoak Euskal Herria” en el balcón del Ayuntamiento”.

d) Oiartzun:

“A las catorce horas y treinta minutos de hoy, catorce de Agosto de dos mil dos, me constituyo en la Plaza San Esteban de Oiartzun y observo la existencia de los siguientes carteles en la fachada principal del Ayuntamiento de dicha localidad. En el balcón del primer piso un cartel donde se lee “Euskal presoak, Euskal Herrira, la reproducción de una circunscripción geográfica y dos flechas rojas hacia el interior”. Al lado del anterior otro que dice: “BAKEA BEHAR DUGU” con la bandera ikurriña en el margen superior izquierdo. Debajo –en madera- una transcripción que dice “ASKATASUNAREN-BIDEAN” y cinco fotografías debajo. A su derecha otra madera que pone “AMNISTIA-DABAKEA” y debajo cuatro fotografías y un logotipo en negro. Todo ello se refleja en dos fotografías que por ejemplar duplicado he recibido de la fotógrafa que habitualmente me acompaña en las actas de presencia y que dicha señora ha sacado por indicación mía, y que compruebo son idénticas a la realidad por mí personalmente observada. Un juego de las dos fotografías obtenidas uno a esta acta, y el otro juego se acompañará a la primera copia que de la presente se expida. Asimismo hago constar que se han recibido en mí Notaría por E-MAIL del Colegio Notarial de Pamplona, TRES fotografías hechas en la Plaza San Esteban de Oiartzun (lugar que me es conocido), fotografías que fotocopio tras imprimirlas y que también uno a esta matriz. Dichas fotografías se refieren a la fachada (fotografías CUATRO Y CINCO) y alrededores del Ayuntamiento de Oiartzun (fotografía TRES), si bien observo que en la fotografía número TRES solo está actualmente el letrero que dice: “ALDE HEMENDIK” y no está en el momento de mi visita el letrero que dice “...IO...AITUZUE GELDITUKO! –SEGUI..”.

e) Elorrio:

“Siendo las doce horas y treinta minutos del mismo día del acta que motiva la presente diligencia, me persono en el lugar señalado para la práctica del requerimiento, esto es en el Gaztetxe de Elorrio, que se haya en la calle Elizburu y rotulado con dos números 20 y 24. Una vez allí compruebo que según se mira al edificio a la izquierda, cubriendo parte de una ventana baja, hay colgado un cartel de color verde que dice “UZI PAKEAN ALDE EMENDIK!”. Sobre el portal de entrada y entre dos balcones situados en la primera planta hay un cartel blanco que dice “EUSKAL HERRIA ASKATU”, con una ikurriña, en su margen inferior derecha. En la puerta hay un cartel pequeño que pone “KULTUR ETXEA” y en la ventana inferior derecha un cartel que pone “EUSKAL PRESOK EUSKAL HERRIRA”. Incorporo a la presente diligencia tres fotografías recibidas por correo electrónico que coinciden exactamente con la realidad por mí observada”.

Por otra parte, cabe destacar que las afirmaciones realizadas por el Abogado del Estado en su demanda en relación con estos hechos, y, más concretamente, las referidas a la condición de presos terroristas de las personas cuya fotografía se reproduce en esos carteles o pancartas, y al gobierno por BATASUNA de los Ayuntamientos en los que aparecían colgadas dichas pancartas y carteles no han sido objeto sino de genéricas negaciones por la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, en el que ésta reconoce la existencia de pancartas (y expresamente las que contenían la leyenda “Euskal Presoak Euskal Herrira”, y las que solicitaban democracia para Euskal Herria o se oponían al fascismo y a la ilegalización), destacando que en algunos casos -como en los supuestos de Elorrio, Billabona, Oiartzun, Andoain y Ondarroa- se recogen en las fotografías incorporadas a las actas notariales imágenes de inmuebles ajenos a la institución municipal.

Frente a estas alegaciones de la demandada y las que en parecidos términos efectuó en las páginas 100 a 103 de su escrito de alegaciones, debe prevalecer, sin embargo, la conclusión de estimar acreditados los hechos a que se contrae este apartado, por las siguientes razones:

a) Las actas notariales aportadas al proceso dan fe de que los referidos carteles y fotografías pendían, el día en que se levantaron aquellas, de las fachadas de los respectivos Ayuntamientos de las localidades de Oiartzun, Hernani, Ondarroa y Lequeitio, y del Gaztetxe de Elorrio.

b) Por las razones que esta Sala ha expresado en el fundamento correspondiente, no puede otorgarse entidad suficiente para desvirtuar la prueba de cargo aportada por las partes demandantes a una negación genérica de hechos por la parte demandada si no va acompañada del correspondiente razonamiento referido a cada uno de los concretos hechos que se le imputan.

Sin embargo, sí debe negarse virtualidad probatoria suficiente, a los efectos pretendidos por el Abogado del Estado, a las alegaciones que éste realiza y a los documentos notariales en que intenta sustentarlas respecto de las pancartas y carteles referidos a las localidades de Billabona, Cestona, Elorrio, Ajanjiz, Gatika, Arratzu, Aulestia, Tolosa, Antzuola, y Mondragón, en la medida en que, en unos casos, no ha quedado acreditado que pendieran de fachadas de dependencias de Ayuntamientos gobernados por BATASUNA, sino de viviendas particulares; en otros, no se aprecia con la suficiente nitidez el contenido de lo exhibido y, además, no se acompaña a las fotografías en el acta correspondiente la oportuna diligencia notarial relativa a la leyenda que en aquellas figura; y, por último, en otros la leyenda en sí resulta inocua a los efectos de este proceso.

Asimismo, el informe de la Dirección General de la Policía fechado el 9 de agosto de 2002, incorporado como documento número 73 de los aportados con la demanda por el Abogado del Estado, no puede considerarse relevante a los efectos probatorios pretendidos por éste en cuanto a las fotografías que incorpora –referidas a carteles y pancartas en fachadas de distintos inmuebles- en la medida en que no está acreditada la fecha en que tales fotografías fueron tomadas, sino sólo la fecha en que se elaboró el informe.

13. CONTENIDO DE LA PÁGINA WEB DE EUSKAL HERRITARROK (13 DE AGOSTO DE 2002).

Los hechos a que se contrae este apartado han quedado acreditados en virtud del acta levantada el día 13 de agosto de 2002 por un Notario de Madrid, a requerimiento del Abogado General del Estado, en la que hizo constar el resultado de su observación directa sobre el contenido de la dirección www.euskal-herritarrok.org, a disposición y libre acceso al público a través de internet (contenido que fue descrito con amplitud en el correspondiente apartado del fundamento relativo a los hechos probados).

Esa acta notarial ha sido incorporada al proceso como documento número 19 de los aportados por el Abogado del Estado con su demanda, incorporación que igualmente ha tenido lugar respecto del vídeo referido a los mismos hechos presentado también por el Abogado del Estado con su demanda como documento número 19 bis.

En relación con el acta notarial aludida la parte demandada nada ha opuesto en el terreno probatorio más allá de argumentar (páginas 44, 55 y 68 de su escrito de alegaciones) que se trata de una página ajena a BATASUNA, por pertenecer a EUSKAL HERRITARROK y no contener exaltación alguna del terrorismo, sino un “seguimiento informativo” afín al realizado por diversas cadenas de televisión.

En consecuencia, la Sala estima que los hechos indicados en este apartado han quedado plenamente acreditados.

14. DECLARACIONES DE D. ARNALDO OTEGUI EN RUEDA DE PRENSA DE BATASUNA CELEBRADA EN BILBAO (21 DE AGOSTO DE 2002).

Estos hechos han quedado acreditados en este proceso en virtud del documento número 37 de los aportados por el Abogado del Estado junto con su demanda, que ha sido debidamente compulsado. Este documento incluye una cinta de vídeo, cuyo contenido ha sido certificado por el Director General de RTVE, y una recopilación de la información publicada al respecto en los periódicos ABC (8 y 22 de agosto de 2002); Gara y El Diario Vasco (22 y 24 de agosto de 2002); El País, El Periódico, Deia, El Correo Español, La Razón y El Mundo (22 de agosto de 2002).

Cabe destacar a este respecto que los medios de comunicación aludidos en el párrafo anterior recogieron las manifestaciones de D. Arnaldo Otegui en términos sustancialmente coincidentes entre sí, lo que de por sí otorgaría fiabilidad al contenido de la información por ellos facilitada, fiabilidad que se torna en certeza sobre la veracidad, exactitud y precisión de aquella al haber sido respaldada, además, por la aportación a este proceso como prueba documental de un vídeo elaborado por RTVE en el que quedó grabada la intervención del mencionado dirigente de BATASUNA, y que fue examinado por la Sala durante las sesiones orales celebradas.

A esta conclusión no empece el hecho de que la parte demandada, en sus escritos de contestación a la demanda (página 76) y de alegaciones (páginas 59, 69 y 72), afirme que se trata de declaraciones efectuadas en el ejercicio de la libertad de expresión “por muy duras o lacerantes que pudieran resultar algunas expresiones aisladamente extractadas”, pues una cosa es la valoración que de ellas pueda hacerse en orden a extraer las consecuencias que procedan en relación con la pretensión de ilegalización de BATASUNA, solicitada por las partes demandantes, y otra bien distinta tener por acreditados a efectos de este proceso la existencia y el contenido de unos hechos -las mencionadas declaraciones- sobre los que la parte demandada no ha opuesto reparo alguno.

15. DECLARACIONES DE D. JOSU URRUTICOECHEA (ALIAS “JOSU TERNERA”), EN ENTREVISTA A EGUNKARIA (23 DE AGOSTO DE 2002).

Las manifestaciones de D. Josu Urruticoechea descritas en el correspondiente apartado del fundamento de hechos probados fueron recogidas al día siguiente en términos sustancialmente coincidentes con los allí expresados por distintos periódicos de ámbito nacional (“El País” y “La Razón”), cuya información al respecto ha sido incorporada al proceso mediante el documento número 36 de los aportados por el Abogado del Estado con su demanda, que ha sido debidamente compulsado.

No empece a esta conclusión el hecho de que también se hayan incorporado por el Abogado del Estado al referido documento fotocopias de Egunkaria sin fecha de referencia, en formato “digital” y en euskera, y que no hayan sido objeto de traducción, ni, tampoco, la argumentación que opone al respecto la demandada (páginas 28 de su escrito de contestación a la demanda y 58 y 73 de su escrito de alegaciones) en el sentido de que faltarían en los mencionados periódicos de ámbito nacional dos palabras de vital importancia para comprender adecuadamente la expresión utilizada por D. Josu Urruticoechea y para concluir que éste no hablaba en primera persona, sino que refería lo que otra (ETA) decía para su propia justificación. Así, según la demandada, cuando Urruticoechea afirmó “ETA no es el promotor de la lucha armada por capricho, sino en su opinión [la de ETA] la organización que ve la necesidad de utilizar todos los instrumentos para hacer frente al Estado” estaría trasladando la opinión de ETA sobre la cuestión y no la suya propia.

Sin embargo, esta alegación de la parte demandada no impide que la Sala tenga por acreditado el hecho referido por el Abogado del Estado en su demanda y extraiga de él

las consecuencias oportunas, pues es evidente que, aun aceptando –en términos puramente dialécticos- que el sentido exacto de la expresión proferida por D. Josu Urruticoechea fuera el descrito por la demandada, habría que concluir igualmente afirmando que ésta admite implícitamente como cierto, sensu contrario, el hecho de la realización de la entrevista y el contenido de la misma con la salvedad indicada.

Otro tanto cabe decir de la alegación de BATASUNA referida a que, en todo caso, se trataría de expresiones proferidas por un parlamentario, representante de la soberanía popular, en el ejercicio de su libertad de expresión, pues esta afirmación implica, por sí sola, el reconocimiento de que el hecho, esto es, la entrevista y su contenido sustancial –aun con los matices antes indicados- tuvo lugar, que es lo que importa a los efectos de este concreto fundamento.

16. DECLARACIONES DE D. JOSEBA PERMACH EN MÍTIN DE BATASUNA CELEBRADO EN BILBAO, TRAS LA MANIFESTACIÓN CONVOCADA POR BATASUNA CONTRA SU ILEGALIZACIÓN (23 DE AGOSTO DE 2002).

Las declaraciones efectuadas por el dirigente de BATASUNA, D. Joseba Permach, que ahora son objeto de examen en este apartado fueron recogidas por diversos medios de comunicación (El Mundo, El Diario Vasco, El Diario de Navarra y Gara) en términos sustancialmente coincidentes entre sí, y han quedado debidamente acreditadas en este proceso mediante la incorporación al mismo de la información publicada al respecto en los precitados medios en virtud del documento número 37 de los aportados por el Abogado del Estado con su demanda, que ha sido debidamente compulsado.

La veracidad y precisión de la información publicada en relación con el contenido de las declaraciones de D. Joseba Permach no ha sido concretamente cuestionada por la parte demandada, que se ha limitado –página 125 de su escrito de alegaciones- a invocar el derecho a la libertad de expresión, a indicar la “falta de solidez probatoria” de los argumentos esgrimidos de contrario a este respecto, y a reiterar lo dicho con anterioridad a propósito de la eficacia probatoria de las informaciones periodísticas, invocaciones que por su carácter excesivamente genérico y por haber sido objeto de adecuado y detenido análisis por esta Sala en otros fundamentos de esta Sentencia nos relevan ahora de efectuar mayores consideraciones y nos permiten afirmar que no existe obstáculo alguno para entender acreditados plenamente los hechos a que este apartado se contrae.

17. ACTOS DE HOMENAJE A TERRORISTAS REALIZADOS DESDE AYUNTAMIENTOS GOBERNADOS POR LOS PARTIDOS DEMANDADOS Y EN ACTOS PUBLICOS EN LOS QUE ESTOS INTERVIENEN.

Los hechos correspondientes a este apartado han quedado acreditados en virtud de la prueba documental aportada por el Abogado del Estado que a continuación se menciona:

- Documentos números 37, 94, 142, 15, 54, 76 y 163 del Anexo V, por lo que se refiere al nombramiento como hijo predilecto de Hodei Galárraga por el Ayuntamiento de Zaldibia.
- Documento número 66 del Anexo V, en cuanto a la propuesta de nombramiento como hijo predilecto del Ayuntamiento de Legazpia de Félix Ramón Gil Ostoa.

La demandada BATASUNA argumenta al respecto (páginas 129 a 135 de su escrito de alegaciones) que la admisión de prueba referida a estos hechos, en virtud del auto

dictado por esta Sala el 21 de enero de 2003, le ha ocasionado indefensión, y que en realidad no estamos ante los hechos nuevos o de nueva noticia a que se refiere el artículo 286.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino ante una “evidente ampliación de la demanda” que ha producido “una grave quiebra de los principios de igualdad de armas y de contradicción”, toda vez que la parte demandada “no ha tenido opción de proponer y practicar pruebas sobre esos nuevos motivos que hubieran podido desvirtuarlos o, en todo caso, poner al alcance de la Sala otros elementos probatorios” que permitieran su defensa.

Estas alegaciones, sin embargo, no pueden ser acogidas por la Sala atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial atinente al principio de facilidad de la prueba en relación con el de buena fe procesal (por todas, baste citar ahora la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Tercera, de 26 de diciembre de 2001), así como a aquel que proclama que la indefensión, para ser relevante, ha de ser material o real y no meramente formal (sentido en el que, entre otras muchas resoluciones, se pronuncia el auto del Tribunal Constitucional número 231/2000, de 5 de octubre).

En efecto, para alcanzar esta conclusión basta con tomar en consideración el dato de que los hechos imputados a BATASUNA en este apartado consisten en haberse adoptado dos concretos acuerdos, en fechas recientes, en dos Ayuntamientos gobernados precisamente por el partido político personado como parte demandada, acuerdos que han sido ampliamente difundidos por los medios de comunicación y cuyo contenido se ha incorporado al proceso como prueba documental mediante la aportación de los concretos ejemplares periodísticos que se hicieron eco de ellos.

En vista de tales circunstancias, resulta evidente que la parte demandada podía, sin dificultad alguna, haber aportado –incluso con su escrito de alegaciones– las certificaciones municipales correspondientes a los acuerdos indicados si es que estimaba que las noticias publicadas, coincidentes con los hechos imputados por el Abogado del Estado, no se ajustaban a la realidad.

Por ello, habiéndose limitado BATASUNA a alegar una mera indefensión formal, cuando fácilmente podía haber remediado las consecuencias desfavorables que ahora denuncia, deben rechazarse sus argumentos a este respecto y tener por probada la realidad de los hechos imputados por el Abogado del Estado.

18. CONDUCTAS DE LOS REPRESENTANTES MUNICIPALES DE BATASUNA EN LOS AYUNTAMIENTOS DE VITORIA Y DE LASARTE-ORIA, REITERADAS DESDE EL 29 DE JUNIO DE 2002, DE HOSTIGAMIENTO A LOS REPRESENTANTES DE PARTIDOS NO NACIONALISTAS, QUE PROPICIAN EL MANTENIMIENTO DE UN CLIMA DE CONFRONTACIÓN CIVIL.

Estos hechos han quedado acreditados en virtud del documento número 54 de los que acompañaron a la demanda del Abogado del Estado, que ha sido debidamente compulsado, y que recoge las declaraciones realizadas por el concejal de BATASUNA en el Ayuntamiento de Lasarte, D. Zigor Iriondo, al diario Gara el día 31 de julio de 2002, así como por las declaraciones de los testigos D. Antonio Alonso y Doña Ana Urchueguía realizadas en sesión oral ante este Tribunal.

A este respecto, resulta enormemente significativa la coincidencia sustancial de los testimonios oralmente expresados ante esta Sala por los alcaldes de Vitoria y de Lasarte-Oria, D. Antonio Alonso y D^a Ana Urchueguía, quienes, en primer lugar, manifestaron con absoluta claridad que se ven obligados a llevar escolta desde hace mucho tiempo ante las amenazas que reciben continuamente del entorno de la banda

terrorista ETA, situación en la que se encuentran dieciséis de los veintisiete concejales del Ayuntamiento de Vitoria, mientras que los nacionalistas no necesitan escolta.

Asimismo, el Alcalde de Vitoria detalló las razones por las que estima que los tres concejales de BATASUNA utilizan el Ayuntamiento como plataforma de los intereses de ETA, aludiendo a las mociones presentadas a favor de los presos de ETA, a su actitud de falta de condena frente a los atentados de ETA y concretamente respecto del asesinato de D. Fernando Buesa y de la persona que realizaba labores de escolta de éste (“últimamente ni acuden a las Juntas de Portavoces”), al empleo de camisetas en los Plenos alusivas a los presos de ETA o conteniendo consignas de BATASUNA conformes con los postulados de ETA (“utilizan símbolos asociados a un mensaje concreto que todo el mundo conoce allí”), y a la relación de BATASUNA con ETA (“son del mismo mundo”, “BATASUNA es el brazo político de ETA...es una obviedad...que saben hasta los niños de pecho”). D. Antonio Alonso señaló también que recibe constantes gestos de desprecio, amenazas y odio de los concejales de BATASUNA, que éstos acuden a manifestaciones donde se corean vivas a ETA. Finalmente, en relación con los incidentes acaecidos el día 4 de agosto de 2002, D. Antonio Alonso manifestó que D. Jose Enrique Bert creó graves incidentes al lanzar un “chupinazo” alternativo, por haber acordado el Pleno su sustitución por no condenar el terrorismo y no ser digno de representar a la ciudad, así como que previamente se animó al boicot del acto oficial mediante el reparto de pasquines y por internet.

Por su parte, Doña Ana Urchueguía relató ante este Tribunal cómo hay violencia verbal en casi todos los Plenos, pues los concejales de HB y EH la llaman “fascista” y “asesina”, razón por la que incluso tuvo que desalojarlos una vez, expulsión que también tuvo que acordar en otras ocasiones cuando aquellos se han presentado con pancartas y camisetas y el público con caretas. Estos hechos, manifestó, también se han producido en algunas ocasiones desde el verano pasado, “aunque han bajado”.

Asimismo, relató la alcaldesa de Lasarte-Oria que los indicados concejales se ausentan durante la votación de las mociones de condena de los atentados, y una vez votadas éstas se reincorporan al Pleno, señalando que así ocurrió tras los atentados de Santa Pola y Torrevieja.

Igualmente Doña Ana Urchueguía describió las circunstancias personales que se ve obligada a afrontar como consecuencia de las amenazas del entorno terrorista, indicando que “aunque han superado en este momento la etapa del miedo”, a su sobrino de dos meses tienen que llevarle al Ayuntamiento para que ella pueda verle.

Finalmente, la alcaldesa narró los sucesos acaecidos el día 29 de junio, cuando ella y el resto de concejales no nacionalistas tuvieron que refugiarse en el interior del Ayuntamiento ante la actitud de los cientos de personas que estaban fuera, así como lo ocurrido el día 30 de julio de 2002, en que tuvo lugar una manifestación para denunciar el “montaje político y mediático” que la imputaron los representantes de EH, dos de cuyos concejales portaban la pancarta en su contra.

La claridad y contundencia de los testimonios expuestos, unida a la coincidencia sustancial en el conjunto de su descripción del clima generado en el País Vasco por la actitud de los representantes municipales de los partidos demandados en los Ayuntamientos de Vitoria y Lasarte-Oria, y al contenido de la información publicada al respecto en los medios de comunicación, llevan a este Tribunal a formar su íntima convicción de la veracidad y exactitud del contenido de las declaraciones vertidas por estos testigos, sin que, por tanto, quepa acoger los argumentos expresados al respecto por BATASUNA en su escrito de alegaciones (páginas 86 a 89 y 106), por extraer de las pruebas documental y testifical aportadas de contrario unas consecuencias que, a juicio de la Sala, pueden resultar legítimas (en cuanto aducidas por la parte interesada) pero claramente erróneas.

A esta conclusión no cabe oponer válidamente la hipotética causa de tacha consistente en tener estos testigos interés directo o indirecto en la causa, en la medida en que resulta evidente que, como cualquier afectado o víctima de una situación de grave y explícita violencia, física y verbal, las dos personas mencionadas tienen un lógico interés en que tal situación violenta cese, sin que ello sea incompatible con una búsqueda de la verdad y de la Justicia que ha sido expresamente declarada por ambos a preguntas de las partes de este proceso.

19. PINTADAS, PANCARTAS Y CARTELES INCITANDO A LA LUCHA CONTRA EL ESTADO, CONTRA LAS PERSONAS QUE ENCARNAN SUS DISTINTOS PODERES, O CONTRA OTROS PARTIDOS POLÍTICOS O SUS MIEMBROS.

La prueba de estos hechos, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento correspondiente de esta sentencia, cabe inferirla de la falta de oposición real por parte de la demandada a su existencia tal como ha sido definida por el Abogado del Estado en su demanda, pues aquella se ha limitado en su escrito de contestación a la demanda (página 43) a manifestar: "Del mismo modo no se puede aceptar la imputación que se hace sobre pintadas, pancartas o carteles que llaman a la lucha contra el Estado, contra España, contra los partidos democráticos Partido Popular y Partido Socialista Obrero Español y sus miembros, etc. ya que dichos mensajes están extendidos por todos los municipios de Euskal Herria, tengan o no alcalde de BATASUNA".

A tenor de esta alegación resulta evidente que la parte demandada está admitiendo implícitamente la existencia y contenido de tales pintadas carteles y pancartas, aunque deduzca de ello consecuencias distintas de las que formula el Abogado del Estado en virtud de su generalización en muchos de los Ayuntamientos del País Vasco.

En consecuencia, habida cuenta de la incorporación al proceso de los documentos números 64 a 73, debidamente cotejados, y de lo razonado en el párrafo precedente, procede tener por probados los hechos incluidos en este apartado.

20. PERSISTENCIA DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGANICA 6/2002, DE 27 DE JUNIO, DEL MISMO MODELO ORGANIZATIVO Y ACTIVIDAD DE COMPLEMENTO POLÍTICO DEL TERRORISMO POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEMANDADOS.

La persistencia de la actividad de los partidos políticos demandados como complemento político de la banda terrorista ETA después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos se deduce con claridad del conjunto de la prueba aportada por las partes demandantes y que ha sido objeto de análisis en los anteriores apartados de este fundamento.

En realidad el juicio de inferencia obtenido con respecto a esta última realidad se superpone, es consecuencia, del conjunto de juicios parciales que la Sala ha ido alcanzando en función de los concretos elementos de prueba utilizados para acreditar concretos hechos.

Pues bien, de la suma de todos ellos, conjuntamente empleados y valorados, una vez más, con arreglo a la sana crítica, no sólo se obtiene con toda claridad aquel esquema de sucesión operativa al que los tres partidos demandados se han ido sujetando, sino, más aún, se concluye que tanto antes como después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos (sin modificación alguna por esta circunstancia) los tres demandados han seguido desempeñando una constante e inmutable labor de reparto funcional de tareas y en coordinación (más bien

subordinación) con la banda terrorista ETA.

CUARTO.- SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS DENTRO DE LAS PREVISIONES DE LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.-

I.- TRANSCENDENCIA DE LOS HECHOS DESCRITOS EN EL APARTADO DENOMINADO “ORIGEN, NATURALEZA Y CIRCUNSTANCIAS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEMANDADOS”.

Los hechos que describen la creación del partido HERRI BATASUNA por la organización terrorista ETA y su posterior sustitución por las organizaciones que le sucedieron (EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA), así como todos aquellos otros hechos que son descriptivos de la intervención y control que ETA o KAS ejercían sobre dichos partidos, todos los cuales quedan relatados en el apartado cuyo encabezamiento queda expresado en las líneas antecedentes, por lejanos en el tiempo que puedan parecer, y, por tanto, aunque de primera apariencia puedan reputarse como irrelevantes para este procedimiento por efecto del mandato constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos (artículo 9.3 de la Constitución), vienen en realidad a expresar un aspecto que posee capital importancia, cual es la verdadera naturaleza de la que todas estas organizaciones fueron externamente dotadas. Esa misma real dimensión fluye también del preciso contenido funcional que le fue encomendado desde ETA, en una decisión que comportaba un “desdoblamiento” o un reparto coordinado de responsabilidades entre la actividad terrorista y la política.

Esa real dimensión, esa realidad de “actividad coordinada”, resulta (insistimos, pese a lo que inicialmente hubiera podido parecer) relevante a los efectos de la aplicación de algunas de las categorías normativas previstas en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, y ello sin mengua alguna del mandato constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos que nuestra Constitución en su artículo 9.3 contiene, como pasará a razonarse.

Para aclarar el alcance de todas estas afirmaciones debe primeramente notarse que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, reguladora de los Partidos Políticos, establece una regla general o frontis tras el cual se sitúan todas las demás. Dicho apartado establece, con aquella generalidad, que un partido político será declarado ilegal cuando “su actividad” (nunca sus ideologías) vulnere los principios democráticos, particularmente, indica dicha ley, cuando con esa misma actividad persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, y todo ello, además, mediante una serie de conductas en las cuales han de concurrir los atributos de reiteración y gravedad.

Entre tales conductas interesa ahora destacar el apartado c) de este inciso 2, donde se establece, como causa de ilegalización de un partido, el que éste complemente o apoye políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional. Y después, en un nivel adicional de concreción de todo este inciso 2, el que le sigue (inciso 3), pasa a describir una serie de conductas respecto de las cuales entiende que concurren tales circunstancias genéricas.

Lo primero que se debe indicar con respecto a esta proposición (“se entiende que”) es que posee un carácter aclaratorio o puramente especificativo de las previsiones más generales anteriores, pero en modo alguno, contrariamente a lo afirmado por la demandada en su escrito de contestación, alberga esa regla una norma que discipline el sistema de prueba y que introduzca una específica presunción. Es necesario insistir pues en el carácter puramente descriptivo o aclaratorio que la mención tiene.

Lo segundo que interesa ahora es que el apartado a) de este inciso 3 indica que se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias expresadas cuando, entre otras, se produzca la repetición o acumulación de la conducta de “dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo”. Por otra parte se erigen también en causas de ilegalización, que en algunos aspectos superponen la realidad que describen a la que se acaba de indicar, el “fomentar, propiciar o legitimar la violencia” o el acto de contribuir (debe entenderse que por cualquier medio) a “multiplicar los efectos de la violencia terrorista” (esta última mención contiene una prohibición de resultado que dentro de sí comprende la contribución a la penetración de los postulados de las organizaciones terroristas en la sociedad).

Pues bien, a la luz de las expresadas descripciones normativas debe concluirse ya que el reparto de tareas o funciones entre un grupo terrorista y un partido político, un reparto (hablar de reparto equivale a exigir que sea consciente y no meramente espontáneo o casual) que se traduzca en su “complemento” y “apoyo político”, que “fomente, propicie o legitime” la violencia o “multiplique sus efectos” posibilitando su asunción por la sociedad, es una actividad que queda incurso en todas estas causas de ilegalización. Y es ésta una realidad típica que concurre en los tres partidos demandados (y decimos “los tres”, pues todos ellos responden en realidad una única organización) a partir de la entrada en vigor de la Ley Reguladora de los Partidos Políticos.

La evolución o la trayectoria anteriores, que quedan cumplidamente descritas, no son, pues, más que la descripción de una realidad, de una dimensión, de una forma de ser, que permiten percibir la que es su verdadera naturaleza; una naturaleza verdadera que se transforma en causa de ilegalización al permanecer inmutable, con la necesaria reiteración y gravedad, a partir de la entrada en vigor de dicha Ley.

Todos los hechos previos a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002 son pues ilustrativos (solamente ilustrativos) de aquella real condición que los partidos políticos demandados poseen; la causa de su ilegalización, por incurrir en “complemento político” del terrorismo, por fomentar o propiciar la violencia o por aumentar su capacidad penetradora en la sociedad, surge del mantenimiento de esa misma realidad, inmutable, con posterioridad a la entrada en vigor de la ley. La efectividad o contraste probatorio de ese mismo mantenimiento (así como sus necesarios atributos de persistencia y gravedad), se obtiene, eso sí, de los múltiples hechos en los que tales partidos han incurrido a partir de la entrada en vigor de la norma; hechos que han quedado descritos en el apartado II del relato de los que se consideran probados, y hechos que a partir de ahora serán objeto de estudio desde la perspectiva de sus individuales adecuaciones a las previsiones típicas; pero todos ellos hechos, conjuntamente valorados, capaces de poner de manifiesto que lejos de haber experimentado modificación alguna en sus formas de ser, todos esos partidos han continuado ejecutando idéntico diseño de reparto funcional con el terrorismo.

El apartado 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, en respeto de aquel valor superior del Ordenamiento Jurídico español que es el pluralismo político, para producir un efecto tan grave como es la ilegalización de un partido político, no se conforma con que se presenten actos episódicos o aislados que puedan ser subsumibles en previsiones normativas. Contrariamente, requiere que los actos se realicen de forma “reiterada y grave”. Por ello su exposición de motivos indica que la norma pretende conciliar, con extrema prudencia, la libertad inherente al máximo grado de pluralismo con el respeto a los derechos humanos y la protección de la democracia. E indica también que uno de los principios tomados en consideración es el de “evitar la ilegalización por conductas aisladas”, exigiéndose, por el contrario, una “reiteración o acumulación de acciones que pongan de manifiesto inequívocamente toda una trayectoria de quiebra de la democracia y de ofensa a los valores constitucionales, al método democrático y a los derechos de los ciudadanos”.

Ambos requerimientos legales de reiteración y gravedad también se hallan presentes en el hecho de haber persistido, después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002, con un reparto funcional entre la actividad terrorista y la política.

En lo que atañe a la reiteración de las conductas, debe notarse que la realidad ante la que el Tribunal se encuentra es de “personificación de función”, esto es, de creación de unas estructuras para el desarrollo constante de la función de la “Unidad Popular”, correspondiente a su vez con la tarea de complemento político del terrorismo. Ello hace que los hechos típicos adquieran el carácter de actos de naturaleza permanente, pues en ellos la reiteración da un salto cualitativo, como se dice, en favor de un estado de permanencia.

Ninguna duda existe tampoco con respecto a la gravedad de esta conducta cuando lo evidenciado a través de la oportuna prueba, de actos posteriores a la entrada en vigor de la ley, no es la aparición de apoyos coyunturales ante sucesos de sólo relativa relevancia, sino que aquella permanencia de los apoyos al terrorismo no ha sufrido atenuación alguna ante actos violentos de gravísima entidad, como los múltiples asesinatos.

De esta permanencia de la situación descrita después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002, permanencia que revela el conjunto de hechos posteriores al 29 de junio de 2002 que hemos declarado probados, se deriva la concurrencia de la causa de ilegalización prevista en el artículo 9, apartado 2, letra c), y apartado 3, letra a), en relación también con la proposición primera de la letra b) del citado apartado 2 y al último de la letra c) del mismo apartado de aquella misma ley.

II.- SUBSUNCIÓN, INDIVIDUAL Y CONJUNTA, EN LAS PREVISIONES DE LA LEY ORGÁNICA 6/2002, DE LOS GRUPOS DE HECHOS PRODUCIDOS CON POSTERIORIDAD A SU ENTRADA EN VIGOR.-

Un adecuado análisis de la manera en que debe producirse la subsunción de todos los grupos de conductas que a partir de ahora se expresarán en las previsiones contenidas en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, aconseja ahondar en la línea apuntada en el apartado precedente.

Como ha quedado indicado, de las relaciones de complementariedad existentes entre las distintas determinaciones del inciso 3 y todo su anterior 2 se obtiene que algunas de las conductas descritas tienen un contenido más genérico, como las de “complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines”, mientras que otras poseen un substrato mucho más preciso o, si se quiere, en ocasiones hasta instrumental respecto de las anteriores; o dicho de otra manera, que además de resultar incardinables en un concreto precepto, producen, y más cuando surgen agrupadamente y de manera continua, un efecto de complemento político del terrorismo y por ello pasan a ubicarse en un precepto de mayor generalidad.

Dentro de este grupo de conductas que hemos llamado instrumentales reina además una amplia heterogeneidad, pues tanto se contienen allí verdaderas acciones como resultados que son prohibidos (sería algo parejo a los llamados “tipos prohibitivos de causar”) con independencia de las acciones que pudieran darles lugar. Un ejemplo de esto último es la contribución a la multiplicación de los efectos de la violencia terrorista, con respecto a la cual la Ley prescinde de relatar los modos en los que esa contribución haya de tener lugar.

Todas estas consideraciones vienen ahora al caso porque si bien los distintos grupos de conductas que a partir de ahora se citarán pudieran merecer cómoda e individual

(aislada) subsunción en cualquiera de los apartados del número 3 siempre aludido, lo cierto es todos ellos, conjuntamente considerados, van a suponer, sin ningún género de dudas, una actividad de complemento político, consciente y reiterado, de la actividad terrorista a través de la política, y en esa condición serán incardinables en el 2.c) del mismo artículo y, en cuanto sea su concreción, en el 3.c).

Sólo de esta manera llegan a entenderse en su justa dimensión, y también alcanzan adecuado tratamiento, las conductas que se dirán; conductas que individualmente apreciadas pudieran llevar a creer en la presencia de hechos aparentemente inocuos para el Derecho, pero que sin embargo, cuando son realizadas en ejecución de un designio previo de complemento político del terrorismo, y además, cuando su realización está tendencial y objetivamente encaminada (“persiga” dice la ley) a deteriorar o destruir el régimen de libertades, llegan a ser percibidas en su verdadera realidad.

Eso ocurre del modo más patente cuando, por ejemplo, se enmarcan, en una estrategia consciente de contextualización, los asesinatos dentro de un supuesto conflicto preexistente.

Pues bien, esas conductas, que si fueran analizadas separadamente probablemente llevarían a declarar que están realizadas en el puro marco de la libertad de expresión y el derecho que todo ciudadano tiene, en un contexto de amplio pluralismo, incluso a errar en sus percepciones políticas, sin embargo, cuando son ejecución de una estrategia marcada desde el terrorismo se convierten en una manifestación más de aquel reparto consciente de tareas con él. Y cuando además, en vez de fluir libres de la propia convicción, “persiguen” (como el encabezamiento del inciso 2 del artículo 9 describe) deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, adquieren la condición de extraordinariamente relevantes para el Derecho y se convierten en motivo de ilegalización.

Ninguna duda existe por tanto para esta Sala, como ya ha quedado cumplidamente desarrollado en el Fundamento Jurídico Primero de esta Sentencia, sobre el hecho de que el pluralismo político, entendido en su máxima expresión, como nuestra Constitución exige, ampara incluso a las opiniones o juicios discrepantes, incómodos y hasta errados. Pero, como decimos, todo ello es cosa bien distinta de la ejecución coordinada de una estrategia, con un grupo terrorista, para posibilitarle la consecución de sus propósitos lesivos de los derechos fundamentales.

No se olvide, además que, a la hora de efectuar este análisis, la posición en la que los partidos demandados se encuentran, ocupando el primer plano de la actividad política y con técnicos a su disposición para el trazado de sus estrategias (lo que no supone negar que, como ya se ha dicho, con frecuencia esas mismas estrategias hayan sido diseñadas desde la banda terrorista ETA). Esa posición tiene por efecto la producción de un conjunto probatorio en el cual, en ocasiones, la contundencia y claridad de los mensajes que los documentos internos albergan se ve después enturbiada por algunas actitudes y posiciones públicas de sus representantes o miembros más caracterizados. Tampoco es infrecuente la presencia simultánea de documentos de un contenido irreprochable (como aquellos que la demandada BATASUNA transcribe en la página 14 de su escrito de contestación a la demanda pero cuyo nivel de difusión pública la Sala ignora) junto a otros documentos, o en unión de declaraciones o actos, que llaman a la violencia de modo explícito o legitiman los más graves asesinatos. Pues bien, los autores de aquellos actos, como es de lógica estricta entenderlo, intentan hasta el límite de lo posible trasladar a la sociedad sus postulados de ruptura y sus actos de llamamiento y legitimación de la violencia terrorista y al propio tiempo evitar una acción directa de la Justicia que pudiera estar asentada en aquellos mismos hechos aislados. Eso ha podido dar lugar, como se dice, a la producción de ciertos mensajes, en ocasiones equívocos (cuya equivocidad por cierto ha sido aprovechada por su representación procesal en los presentes autos), los cuales son, sin embargo,

perfectamente entendidos por la sociedad en su verdadero alcance, ya que ésta bien conoce el contexto social en el que se producen y la evolución histórica de los partidos demandados.

De la misma manera que lo hace el Tribunal Europeo de Derechos humanos nos hemos ocupado de los actos de naturaleza ambigua o equívoca en los que una actividad antijurídica es presentada con apariencia de legalidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dice en este sentido en su Sentencia reciente de fecha 13 de febrero de 2003, cuyo valor jurisprudencial alcanza especial significación por el hecho de haber sido dictada en Gran Sala y por unanimidad: ... “El Tribunal considera que (...) reinaba cierta ambigüedad en la terminología utilizada en cuanto al método a emplear para acceder al poder político. En todos estos discursos, se mencionaron la eventualidad y la posibilidad de recurrir “legitimamente” a la fuerza con el fin de superar diversos obstáculos en la vía política contemplada (...) para acceder al poder y permanecer en el mismo. (..) Si bien es verdad que los dirigentes (...) no han pedido en documentos gubernamentales la utilización de la fuerza y de la violencia como medio político, tampoco se han apartado, concretamente en su momento, de los miembros del [partido] que sostenían públicamente el recurso potencial a la fuerza contra las políticas que les fueran desfavorables. Por lo tanto los dirigentes del [partido demandado] no han suprimido la ambigüedad que caracterizan estas declaraciones en cuanto a la posibilidad de recurrir a los métodos violentos para acceder al poder y permanecer en el mismo”... (véase, mutatis mutandis, la Sentencia Zana c/ Turquía de 25 de noviembre de 1997).

Asigna la presente Sala a esta Sentencia un importante valor ya que no sólo legitima la adopción de decisiones de ilegalización de un partido político por el hecho de lanzar mensajes ambiguos o poco claros sobre la violencia (pese a que en nuestra país esa falta de claridad tenga un nivel significativamente menor que el apuntado en la Sentencia, pues aquí las llamadas a la violencia son mucho más explícitas) sino, más aún, en cuanto declara existir un verdadero deber jurídico de actuar en alejamiento de todos aquellos mensajes de naturaleza equívoca (lo que en modo alguno ha sucedido en nuestro país) por los partidos que pretendan ejercer su relevante tarea dentro de una democracia. Este deber tendrá evidente utilidad cuando se trate de analizar la transcendencia de las negativas a la condena de atentados.

La bondad del empleo de aquel sistema de tratamiento conjunto de la evolución y actividades de los partidos políticos demandados, como única fórmula para percibir su verdadera naturaleza, ha sido también sancionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su Sentencia de fecha 13 de febrero de 2003 (asunto Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía) ha declarado: ...“El conjunto de estos actos y tomas de posición, siempre que formen un todo revelador del fin y de las intenciones del partido, puede tenerse en cuenta, en el procedimiento de disolución de un partido político (Sentencias antes citadas Partido Comunista unificado de Turquía y otros c/ Turquía, y Partido Socialista y otros c/ Turquía)”...

La parte demandada, sabedora de que ese análisis de conjunto es uno de los principales escollos que debe batir, le dedica una buena parte de su escrito de conclusiones. Sin embargo, como se dice, esa técnica de inferencia conjunta del resultado de las pruebas y la plasmación que el convencimiento que de ella deriva en pos de un precepto englobador de actos parciales, no sólo no ostenta defecto alguno de legalidad sino, bien al contrario, ha sido sancionada, como acomodada a la real naturaleza y actuación de los partidos políticos, y como ajustada al derecho a constituir y formar parte de partidos políticos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por fin, sólo a la luz de todas estas consideraciones se explica en sus justos términos todo lo que anteriormente quedó expuesto sobre la evolución y verdadera naturaleza

de los partidos demandados, donde se describe su verdadera dimensión y donde se aportan las claves para su justa comprensión.

Pues bien, con arreglo a todo lo expresado, la Sala declara que todas las conductas que a partir de ahora se citarán, globalmente consideradas, integran la letra c) del apartado 2 del artículo 9 de la Ley, a saber: “Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”.

Una vez dicho lo anterior, pasará la Sala a efectuar un análisis más singularizado de determinados grupos de conductas.

1. ARTÍCULO 9.2.c) EN RELACIÓN CON EL 9.3.a): DAR APOYO POLÍTICO EXPRESO O TÁCITO AL TERRORISMO, LEGITIMANDO LAS ACCIONES TERRORISTAS PARA LA CONSECUCCIÓN DE FINES POLÍTICOS AL MARGEN DE LOS CAUCES PACÍFICOS Y DEMOCRÁTICOS, O EXCULPANDO Y MINIMIZANDO SU SIGNIFICADO Y LA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE COMPORTA.

A. INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 9.3.a): DAR APOYO POLÍTICO EXPRESO O TÁCITO AL TERRORISMO, LEGITIMANDO LAS ACCIONES TERRORISTAS PARA LA CONSECUCCIÓN DE FINES POLÍTICOS AL MARGEN DE LOS CAUCES PACÍFICOS Y DEMOCRÁTICOS.

Los hechos probados cuya valoración acometeremos ahora revelan la puesta en práctica de la estrategia de los partidos demandados, ya indicada con anterioridad, de intentar ofrecer un complemento y una justificación política a la actividad de la banda terrorista ETA y a sus militantes, prestando cobertura ideológica a la actividad terrorista y contextualizando ésta en el marco de un conflicto político.

Los partidos demandados se han caracterizado a lo largo de su existencia y, más concretamente, en lo que ahora interesa, desde que entró en vigor la Ley de Partidos Políticos, por el mantenimiento de una actitud de prestación de cobertura política y de justificación ideológica a todo aquello que pudiera tener relación con ETA. Buena muestra de ello son, además de las numerosas declaraciones realizadas en distintas ocasiones por sus principales líderes, las efectuadas por éstos tras cada uno de los múltiples atentados cometidos, pretendiendo hacer llegar a la ciudadanía el mensaje reiterado de que las acciones terroristas de ETA no son más que “hechos” acaecidos como consecuencia de la falta de solución democrática de un conflicto político que sería imputable, en todo caso, al Estado español por negarse a reconocer el derecho a la autodeterminación de Euskal Herria.

De esta manera, los asesinatos reivindicados por ETA se presentan ante la opinión pública, implícitamente, como un instrumento necesario e inevitable para conseguir el fin propuesto: la autodeterminación del País Vasco.

En consonancia con ello, los miembros de ETA condenados por la Justicia no son tratados por BATASUNA como terroristas, sino como presos políticos cuyos derechos hay que defender por estar siendo represaliados por el Estado español, al que continuamente en sus declaraciones públicas tildan de “fascista”. En este contexto, la inclusión en las manifestaciones convocadas por BATASUNA de pancartas con lemas alusivos a la “democracia” deja de ser una representación gráfica de un ideal compartible desde la perspectiva de la Constitución de 1978, o de cualquier otra compatible con el Convenio y propia de un Estado de Derecho, para adquirir tintes de connotación peyorativa hacia el Estado español y de legitimación implícita de quienes a él se oponen, cualquiera que sea el método utilizado para ello.

Esta última reflexión pone al Tribunal en contacto con una realidad llamativa de los partidos demandados que se ha puesto de manifiesto en el conjunto de pruebas practicadas. Esa realidad es que todos ellos (ningún matiz puede observarse de uno a otro) han alternado, en toda su trayectoria, enfáticas apelaciones a la Democracia, que por cierto es negada internamente como en su lugar se expuso, con textos propios en los que se habla de la superación de la “democracia burguesa” o del aprovechamiento de los cauces proporcionados por ésta para su sustitución; o intervenciones públicas en las que esa verdadera democracia se defiende pero que se percibe luego incompatible con la presencia de posiciones ideológicas contrarias a la sostenida por ellos mismos. La llamada a la acción violenta, a renglón seguido, en algunas de esas intervenciones o el ensalzamiento en ellas de los terroristas es otro elemento llamativo y de incompatibilidad interna de su discurso. No falta por último la presencia de algunos documentos que en apariencia proyectan un verdadero talante democrático y tolerante, como los transcritos por la parte demandada BATASUNA en la página 14 de su contestación a la demanda (respecto de los cuales, por cierto, la Sala ignora cuál fue su nivel de difusión), en unión de una constante y reiterada estrategia de confrontación social, de ruptura y ensalzamiento de la violencia. Pues bien, de un somero análisis del conjunto de la prueba se obtiene, sin lugar a la duda, que esas invocaciones a la democracia tienen un contenido retórico, si se quiere publicitario, pero que ninguna duda existe para la Sala con respecto a la incompatibilidad de las actividades de los partidos demandados con la democracia.

Ninguna tibieza ha tenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al declarar la radical incompatibilidad de la violencia con la democracia. La Sentencia de fecha 13 de febrero de 2003, por ejemplo, ha declarado (con cita de su anterior Sentencia dictada en el asunto Partido Comunista unificado de Turquía y otros c/ Turquía, de 30 de enero de 1998) que “la salvaguarda y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales descansan en un régimen político verdaderamente democrático de una parte, y en una concepción común y en un respeto común de los derechos humanos, de otra parte”. Y en otro momento: “un partido político puede promover un cambio de la legislación o de estructuras legales o constitucionales del Estado, bajo dos condiciones: 1) los medios utilizados a tal efecto deben ser legales y democráticos; 2) el cambio propuesto debe ser a la vez compatible con los principios democráticos fundamentales. De ello se desprende necesariamente que un partido político cuyos responsables incitan el recurso a la violencia o proponen un proyecto político que no respeta la democracia o que tiende a la destrucción de ésta así como el desconocimiento de los derechos y libertades que ésta reconoce, no puede pretender la protección del Convenio contra las sanciones infligidas por estos motivos (Sentencia Yazar y otros c. Turquía 9 de abril de 2002)”...

Enlazan las consideraciones que se acaban de apuntar con un extremo de indudable interés y alcance general. Este es el referente a la atribución a los partidos políticos demandados de los actos de sus responsables, y, más aún, de los que son realizados por los asistentes a los actos y concentraciones por ellos convocados. Nos referimos a la atribución de responsabilidad a los demandados por las ocasiones en las que tales asistentes han proferido gritos de directo ensalzamiento de la actividad terrorista o hacia la banda terrorista ETA sin que ni los servicios de seguridad internos ni los miembros más caracterizados asistentes a tales actos realizaran conducta de ninguna clase en orden a su reprobación o en dirección a su claro y formal alejamiento de todos ellos. Pues bien, de una parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, donde tanto se establece un sistema de responsabilidad como se configura un deber jurídico de actuar positivo) dispone que “del buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables sus organizadores, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas”. De otra parte, tampoco faltan actos de algunos miembros destacados de los partidos demandados en los que, lejos de exhortar a las multitudes congregadas a la tranquilidad y la tolerancia, han intentado enardecer sus ánimos con grave riesgo para la integridad de las personas asistentes que no comulgan con sus postulados ideológicos. Así ocurrió por ejemplo en el acto de la “tamborrada” del Ayuntamiento de

Lasarte-Oria, el día 29 de junio de 2002 (por tanto el día primero de entrada en vigor de la Ley Orgánica Reguladora de los Partidos Políticos). A ella resulta de adicional aplicación el artículo 23.h) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que establece como infracción “la provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana”. Y resulta aquí nuevamente de aplicación, tanto en uno como en otro caso, aquella doctrina jurisprudencial del referido Tribunal Europeo, exigente de conductas activas de alejamiento de la violencia.

Esta manera de actuar de los partidos políticos demandados, exteriorizada claramente en multitud de actos públicos por sus máximos dirigentes en forma de declaraciones o manifestaciones, encuentra también en otras ocasiones un vehículo de expresión distinto, esta vez tácito, consistente en la tolerancia, en la ausencia de reacción de aquellos frente a los gritos y consignas a favor de la organización terrorista ETA y en contra de los poderes públicos españoles que corean repetidamente los simpatizantes de dichos partidos que asisten a los actos por ellos organizados. De este modo, la ausencia de un solo gesto de desaprobación de los dirigentes de esos partidos hacia estos hechos, que se repiten en los actos públicos convocados por ellos, se transforma inmediatamente en una postura de complacencia y aceptación de esos contenidos, los cuales se incorporan así, por la vía de hecho, al discurso político de aquellos, identificándose ante sus seguidores con esos contenidos sin necesidad de hacer afirmación expresa al respecto y evitando la previsible reacción de la Justicia en persecución de acciones tipificadas en el Código Penal.

Esta manifestación de su actividad, expresa o tácita, según las ocasiones (contra la que ha reaccionado vivamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tanto al criticar los mensajes ambiguos como a la hora de exigir una conducta activa de alejamiento de la violencia) se ajusta así a un planteamiento global, a una estrategia definida por los partidos políticos demandados conforme a los mandatos de la banda terrorista ETA, que pretende dar cobertura y proporcionar justificación a la actuación de esta última mediante la identificación de los métodos y objetivos fijados por ella con los defendidos por un partido político legal con representación en las instituciones. De este modo, además, no sólo se otorga a ETA y a sus activistas mayor protección ideológica frente al Estado, sino que el “mensaje” de la banda terrorista, por su coincidencia de contenido con el de los partidos políticos demandados, encuentra muy superior difusión y aceptación entre la población que el que alcanzaría si no dispusiera de un partido político como correa de transmisión.

Esta manera de actuar de los partidos políticos demandados tiene reflejo en una serie de hechos, todos ellos posteriores a la entrada en vigor de la Ley de Partidos que, como antes se dijo, han quedado acreditados y a los que nos referiremos a continuación. Estos hechos, valorados conjuntamente conforme a las reglas de la sana crítica, llevan a este Tribunal al convencimiento de que nos encontramos ante una conducta grave y reiterada en el tiempo de los partidos demandados que puede incardinarse sin dificultad alguna en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 9.3.a) de la Ley de Partidos. Son los siguientes:

a) APOYO DEL ALCALDE Y UN CONCEJAL DE BATASUNA A MIEMBROS DE ETA RESIDENTES EN VENEZUELA (13 DE JULIO DE 2002). Ref. HECHO N° 4.

La manifestación que encabezaban los dirigentes de BATASUNA detenidos, alcalde y concejal, respectivamente, del Ayuntamiento de Lezo, tenía un objetivo claro, destacado por los medios de comunicación, consistente en apoyar a los miembros de ETA residentes en Venezuela ante su previsible extradición y entrega a las autoridades españolas.

Resulta significativo a este respecto cómo el diario Gara de 14 de julio (aportado por el Abogado del Estado como documento número 52 de su demanda) alude a que los dos

detenidos, junto con otras trescientas personas, “reclamaban los derechos de los refugiados políticos, en especial el del lezotarra Lorenzo Aiestaran”, en consonancia con otras “movilizaciones a favor de los derechos de los represaliados políticos” celebradas en “numerosas localidades”. Y decimos que es significativo a estos efectos porque pone de manifiesto de manera nitida lo que antes se dijo, esto es, que BATASUNA y sus dirigentes, en este caso de Lezo, como parte de una estrategia global definida de antemano, organiza, convoca o participa en manifestaciones que presentan ante la opinión pública a miembros de ETA como “refugiados políticos” o “represaliados políticos” para los que pide “amnistía”, y que lo hace, sin duda para multiplicar el efecto que con ello pretende, de manera simultánea a otras manifestaciones organizadas en numerosas localidades del País Vasco.

Constituye, asimismo, dato relevante -puesto de manifiesto por los Agentes de la Policía Autónoma Vasca números 64.076 y 59.804, que depusieron ante la Sala en la mañana del 8 de enero de 2003- y que se inscribe en la misma línea expuesta el que los representantes de BATASUNA que participaban en la manifestación fueran detenidos, precisamente, por ser portadores de la pancarta con el anagrama de Gestoras Proamnistía, organización incluida en la Lista Europea de Organizaciones Terroristas (aprobada por la Posición Común del Consejo de la Unión Europea 2001/931/PESC -Diario Oficial Serie L, 344, de 28 de diciembre de 2001- sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y actualizada por otra de 2 de mayo de 2002 (2002/340/PESC), en razón a su condición de organización satélite de la banda terrorista ETA), y cuyas actividades fueron declaradas ilegales por Auto de 19 de diciembre de 2001 del Juzgado Central número 5 de la Audiencia Nacional.

Esta acción de los mencionados dirigentes de BATASUNA en Lezo debe, por ello, en unión de las demás, hasta el punto de evidenciar una efectiva reiteración, considerarse objetivamente idónea para integrar la causa de ilegalización a que se refiere el artículo 9.3.a) de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio.

b) ACTITUD DE DIRIGENTES DE BATASUNA EN MANIFESTACION CELEBRADA EN SAN SEBASTIÁN (11 DE AGOSTO DE 2002). Ref. HECHO N° 11.

Otra de las muestras de la permanente actitud de BATASUNA de justificación ideológica de la actividad de ETA tuvo lugar con ocasión de la manifestación celebrada el día 11 de agosto de 2002 en San Sebastián, convocada por BATASUNA y encabezada por algunos de sus principales dirigentes, entre los que cabe destacar a D. Arnaldo Otegui, D. Joseba Permach y D. Joseba Alvarez.

Durante el transcurso del acto, tal como quedó reflejado en el correspondiente apartado de hechos probados, se sucedieron los gritos de los asistentes, unos en apoyo de los presos de ETA, otros de clara amenaza hacia quienes aquellos identificaban con el Estado español (“zipayo, escucha, pim, pam, pum”), otros, imputando a los servidores del Estado una actuación totalitaria (“vosotros fascistas sois los terroristas”), otros que comportaban de manera evidente una aceptación expresa del empleo de métodos violentos para conseguir objetivos políticos (“la lucha es la única vía”) y, asimismo, otros más que expresaban la absoluta identificación ideológica de los asistentes con la organización terrorista ETA, sus objetivos, su actividad y sus métodos de actuación (“Gora ETA militarra” [Viva ETA Militar]).

Todas estas expresiones se profirieron en presencia de los dirigentes de BATASUNA antes mencionados, que encabezaban la manifestación, y, pese a ello, éstos no mostraron en modo alguno su rechazo a las mismas, aceptándolas tácitamente con su actitud y omitiendo sus deberes jurídicos de intervención positiva, pese a que en el mismo acto demostraron tener un control total sobre el desarrollo de la manifestación. A este respecto, cabe recordar que el día 8 de enero de 2003 ante esta Sala depusieron

como testigos de los hechos a que se refiere este apartado los agentes de la Policía Autónoma Vasca números 59.889, 59.888, 59.887, 64.137 y 64.138, y que los referidos en segundo y tercer lugar manifestaron haber presenciado un altercado en el curso de la manifestación, que acaeció cuando varios de los manifestantes agredieron a un cámara de televisión, incidente del que los agentes -concretamente el portador del carnet profesional número 59.887- advirtió a D. Arnaldo Otegui, quien dio las instrucciones correspondientes al personal de seguridad de la manifestación, que procedió a solucionar el incidente de manera inmediata y sin mayores consecuencias.

Parece evidente, por tanto, que con la misma celeridad con que se emplearon para solucionar el incidente descrito podrían haber actuado también los dirigentes de BATASUNA para intentar acallar las consignas violentas coreadas por sus seguidores participantes en la manifestación, o, cuando menos, para mostrar su oposición a esta actitud, si tal hubiera sido su deseo, y que, si no lo hicieron, fue, simplemente porque estaban de acuerdo con el contenido de los gritos coreados por los manifestantes.

La intervención de D. Arnaldo Otegui, D. Joseba Permach y D. Joseba Alvarez en la manifestación de San Sebastián en la forma descrita no constituye un suceso aislado. Por el contrario, cabe apreciar en ella la misma realidad subyacente, el mismo hilo conductor que permite identificar la estrategia de actuación en todos sus actos públicos previamente definida por BATASUNA: las acciones realizadas por los dirigentes de esta organización en todas esas manifestaciones y concentraciones públicas, y las declaraciones que en ellas o fuera de ellas efectúan y que son después difundidas por los distintos medios de comunicación siempre están orientadas a transmitir a la opinión pública el mensaje de que ETA cuenta con el respaldo político de un partido legal, que es la organización BATASUNA, con la que comparte una identidad de planteamiento frente a las tesis del Estado, contextualizando así la actividad de ETA en el marco de un “conflicto político”, calando así más fácilmente en la opinión pública la idea de que la actividad de ETA es legítima en cuanto que utiliza todos los “instrumentos” necesarios para forzar al Estado represor de las libertades del pueblo vasco a solucionar ese conflicto.

En consecuencia, esta acción, esta conducta de los dirigentes de BATASUNA, en esa manifestación de San Sebastián merece ser encuadrada, junto con las restantes y en un tratamiento conjunto respetuoso de las exigencias legales de reiteración, en el tipo descrito en el artículo 9.3.a), en la medida en que representa un apoyo expreso al terrorismo y a quienes lo practican.

c) RUEDA DE PRENSA OFRECIDA POR EL ALCALDE Y EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL AYUNTAMIENTO DE ONDARROA, D. LOREN ARKOTXA Y D. AITOR ARTETXE, EN RELACIÓN CON LA POSIBLE ENTREGA A ESPAÑA DE DON KEPA BADIOLA, MIEMBRO DE ETA CONDENADO EN FRANCIA (2 DE AGOSTO DE 2002). Ref. HECHO N° 8.

La propia intervención del alcalde y de un edil del Ayuntamiento de Ondarroa, ambos pertenecientes a BATASUNA, protagonizando la rueda de prensa que tenía por objeto oponerse a una eventual entrega a España de un miembro de ETA condenado en Francia a siete años de prisión constituye ya, de por sí, una muestra más del alineamiento de aquella organización con las tesis de la banda terrorista, a la que prestaron cobertura ideológica expresa en ese acto al ubicar la situación del referido preso “en el contexto de represión contra el movimiento abertzale”.

Esta acción puede calificarse, a los efectos que nos ocupan, como un intento de militantes destacados de BATASUNA que ocupan cargos de responsabilidad pública, en este caso a nivel municipal, de inscribir la situación penitenciaria de un miembro de la banda terrorista, condenado por los Tribunales franceses por la comisión de un grave delito, en un ámbito distinto del que le es propio, pretendiendo enmarcar dicha situación en un contexto de represión oficial de los Estados francés y español a una

persona por sus ideas políticas, finalidad que todavía queda más clara al comprobar en la información del diario Gara (incorporada en el documento número 53 de los aportados por el Abogado del Estado con su demanda), que se hizo eco de lo acaecido en la rueda de prensa, que D^a. Kontxita Badiola, hermana del citado preso y también interviniente en el acto, calificó a éste como de “refugiado político”, concepto que, como se constata por las manifestaciones del alcalde de Ondarroa, éste hizo suyo de manera implícita, al referirse expresamente al “contexto de represión del movimiento abertzale” y al ofrecer su ayuda a Kepa Badiola y a “todos aquellos que estén en la misma situación”.

Esta acción de los mencionados representantes de BATASUNA es, por tanto, susceptible de ser incardinada en los hechos tipificados en el artículo 9.3.a) de la Ley de Partidos, por representar un apoyo político expreso a la actividad terrorista.

d) CONTENIDO DE LA PÁGINA WEB DE EUSKAL HERRITARROK (13 DE AGOSTO DE 2002). Ref. HECHO N° 13.

Los hechos a que se refiere este apartado, acreditados en virtud del Acta Notarial y del vídeo incorporados al proceso como documentos números 19 y 19 bis de los acompañados por el Abogado del Estado a su demanda, demuestran no sólo la vinculación existente entre EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA, sino también la conducta, sostenida en el tiempo, de esta organización de identificación del fenómeno terrorista que asola al País Vasco y al resto del territorio nacional con un “conflicto político”. Un conflicto cuya única salida, presentada como inevitable, sería el empleo de la violencia, ocultando conscientemente así la posibilidad de solventarlo, caso de que existiera (cuestión en la que la Sala no deberá entrar), por cauces democráticos. Bien distinta es esa actitud de la que ostentan otras formaciones (para muestra valen las declaraciones ante la Sala de un destacado representante del sindicato ELA) que, poseedoras de esa misma percepción (sin duda amparada por el pluralismo político) en modo alguno llaman a la violencia para su solución.

En efecto, con independencia de que en la página web de EUSKAL HERRITARROK se hacía ya, el 13 de agosto de 2002, expresa advertencia de que el contenido de dicha página pasaría a integrar el de la página web de BATASUNA de manera inminente, en consonancia con la integración de EUSKAL HERRITARROK en BATASUNA, es lo cierto que, igualmente, se daba publicidad a varias fotografías tomadas durante una manifestación de EUSKAL HERRITARROK, en las que los manifestantes portaban pancartas con la leyenda “EUSKAL PRESOAK EUSKAL HERRIRA” y fotos de personas con sus respectivos nombres debajo. De esta manera, BATASUNA asumía ya, continuando la línea de acción sostenida hasta entonces por EUSKAL HERRITARROK, la postura de denominar a los presos vinculados a la actividad terrorista ETA como “presos vascos”, intentando así presentar la situación de éstos desde el punto de vista conceptual como netamente diferente de la del resto de los sujetos condenados a penas de prisión por los Tribunales por la comisión de delitos, e introduciendo subliminalmente un importante mensaje consistente en identificar en las personas de esos presos la pretendida “lucha política” del País Vasco frente al Estado, de modo que, además, se proporcionaba a tales presos, y, por extensión a la propia banda terrorista a la que pertenecen, la justificación ideológica y la cobertura política correspondiente a un partido que operaba dentro de la legalidad.

Asimismo, el Acta notarial dejaba constancia de un enlace en la página principal a través del cual se accedía al subapartado denominado “Jose Petrikorena”, que reproducía las declaraciones de éste, responsable del gabinete de comunicación de EUSKAL HERRITARROK en los últimos tres años y antiguo militante y concejal de HERRI BATASUNA en Andoain, en los que atribuía a los Estados español y francés “una política de acoso y derribo, articulado a nivel mediático, judicial y político, no ya contra la izquierda abertzale, sino en contra de todo lo que suponga la defensa de los

derechos democráticos”, acusando al Partido Popular y al Partido Socialista de actuar “en clave antidemocrática”, “con la misma estrategia de hace 30 años, conculcando el conjunto de derechos democráticos que le corresponden a este país”, y calificando la situación del País Vasco como de “conflicto político”. En este sentido, el entrevistado manifestaba expresamente que “la lucha armada de ETA” demostraba “el conflicto político en toda su crudeza”.

El tenor literal de estas manifestaciones, el hecho de que su autor fuera el responsable de comunicación de EUSKAL HERRITARROK, la declarada sucesión operativa de esta organización por BATASUNA, con identidad sustancial de contenido entre ambas, y la difusión pública de este pensamiento a través de la página web oficial de la organización a cuyo servicio estaba Petrikorena revelan claramente que su inclusión en la página web no respondía únicamente a un mero afán informativo, a un simple deseo de transmitir información sobre la opinión que una determinada persona podía tener en relación con el problema existente en el País Vasco, sino que obedecía a una calculada estrategia de justificación ideológica y de difusión de la tesis de ETA sobre la “lucha armada”, situando a esta banda en un supuesto escenario de acoso político, judicial y mediático del Estado constitucional, al que identificaba deliberadamente con el régimen anterior para imputarle con mayor credibilidad la conculcación de derechos democráticos.

Frente a esta conclusión no cabe oponer válidamente, a juicio de este Tribunal, la inclusión de la entrevista en la página web por razones puramente informativas, ni que la eventual responsabilidad por su contenido debería exigirse, en su caso, al entrevistado como consecuencia natural del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión, también invocada por la demandada, o que se tratare –folio 28 de la contestación a la demanda- de “simples manifestaciones o valoraciones políticas...sobre el conflicto político”, pues al contrastar el hecho al que ahora nos referimos con el conjunto de la prueba practicada alcanzamos la conclusión evidente de que el mensaje que se pretendía difundir a través de la inclusión de la entrevista en la página web es el mismo que se ha transmitido por la organización BATASUNA en multitud de actos públicos mediante las declaraciones de sus dirigentes. Esa posición singular del entrevistado, como responsable de comunicación, hace que, frente a la tesis de la demandada de la existencia de una pura responsabilidad personal por tales hechos, le sea de directa aplicación la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de Gran Sala, de 13 de febrero de 2003, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, con respecto a la atribución a los partidos de los actos de sus representantes, ha declarado que “las afirmaciones realizadas sobre temas políticamente sensibles o las tomas de posiciones del presidente [razonamiento que después extiende el Tribunal a otros responsables] de un partido son percibidas por las instituciones políticas y por la opinión pública como actos que reflejan la posición de su partido, y no como sus opiniones personales, a no ser que declare lo contrario”. El Tribunal observa además sobre este mismo punto que (...) “salvo indicación contraria, sus afirmaciones en materia política son imputables al partido que representan”. Y por último, en lo que ahora interesa, indica: ... “Por otra parte, el Tribunal opina que los actos o las afirmaciones realizadas por otros miembros del [partido] que ocupan escaños (...) o cargos de dirigentes locales [razonamiento que debe extenderse con mayor razón al responsable de comunicación] en la medida en que formaban un todo revelador del fin y de las intenciones del partido y que se acumulaban para dar una imagen del modelo de sociedad propuesto por éste, podían ser así mismo imputados a este último. Estos actos o afirmaciones podían influir en los electores potenciales, inspirándoles esperanzas o expectativas, o bien temores, no porque emanasen de particulares sino porque fueron realizados en nombre del [partido] (...) Estos actos y discursos podían ser, en efecto, más eficaces que fórmulas abstractas escritas en el estatuto y el programa del partido para lograr eventuales fines ilícitos. El Tribunal considera que, a no ser que un partido se distancie de este tipo de actos y discursos, estos son imputables al mismo”...

De aquí se colige que el hecho ahora analizado también es apto para integrar el tipo previsto en el artículo 9.3.a) de la Ley de Partidos.

Esta afirmación aun se refuerza más, si cabe, atendiendo al último de los extremos certificados por el Notario actuante, que dio fe de la existencia en dicha página web de un subapartado que incluía un vídeo en el que claramente podía verse y escucharse cómo los manifestantes proferían numerosos gritos contra la bandera española, repetían “GORA ETA MILITARRA” (Viva ETA militar), portaban pancartas con fotos de diversas personas, y cómo “varios encapuchados (vestidos con trenkas o blusones negros, y ocultando su rostro para hacer imposible su identificación, mediante una boina y una capucha negras) reparten propaganda entre los manifestantes”. La inclusión de estas imágenes en la página web, puestas en relación con la inserción en la misma página de la entrevista a Petrikorena corroboran lo razonado en los párrafos precedentes y afianzan la conclusión expresada acerca de la premeditada estrategia informativa de justificación ideológica y apoyo político a la banda terrorista ETA, y, por tanto, debe rechazarse el primer argumento esgrimido al respecto por la parte demandada -folio 23 de la contestación a la demanda- de obedecer la inclusión únicamente a un “seguimiento informativo” de las imágenes difundidas, similar al realizado en diversas cadenas de televisión.

En cuanto al segundo argumento de la demandada –pertenecer la página web a EUSKAL HERRITARROK y no a BATASUNA- igualmente debe ser rechazado por la Sala, en la medida en que en esta Sentencia se ha hecho constar repetidamente que está acreditada la identidad sustancial entre ambas organizaciones y que, como quedó reflejado al comienzo de este mismo apartado, el propio Notario hizo constar en el acta levantada que en la página web de EUSKAL HERRITARROK se afirmaba claramente que el contenido de ésta pasaría a integrar el de la página web de BATASUNA de manera inminente, en consonancia con la integración en ella de EUSKAL HERRITARROK.

e) DECLARACIONES DE D. ARNALDO OTEGUI EN RUEDA DE PRENSA DE BATASUNA CELEBRADA EN BILBAO (21 DE AGOSTO DE 2002). Ref. HECHO N° 14.

Las declaraciones de D. Arnaldo Otegui, uno de los principales líderes de BATASUNA, realizadas el 21 de agosto en Bilbao con ocasión de la decisión del titular del Juzgado Central de Instrucción n° 5 de la Audiencia Nacional de iniciar los trámites para suspender la actividad de BATASUNA, que han sido objeto de análisis en esta Sentencia desde distintas perspectivas, han sido acreditadas, como antes se dijo, mediante una amplísima prueba documental que incorporaba la información difundida en numerosos periódicos e incluso la grabación en vídeo del acto por Televisión Española.

Es importante tener presente a este respecto que la decisión del referido Juzgado Central estaba basada, dicho sea en términos de generalidad, en la presunta conexión existente entre BATASUNA y ETA. Pues bien, la reacción del Sr. Otegui ante esa decisión judicial persevera en la misma actitud mantenida por los dirigentes de BATASUNA que ha sido descrita ya en varios apartados de esta Sentencia, esto es, en la difusión pública de mensajes que identifican al Estado español con un Estado represor (“estrategia genocida del Estado español” que busca “el aniquilamiento de la izquierda abertzale” y de “todas las señas de identidad del pueblo vasco”). Por ello, esta acción de D. Arnaldo Otegui adquiere su verdadera dimensión cuando se pone en relación con las demás declaraciones públicas del mismo y de otros dirigentes de BATASUNA a las que se hace referencia en esta Sentencia, ya que la suma de todas esas conductas individuales es la que proporciona al terrorismo de ETA su justificación conceptual y su cobertura ideológica, creando en algunos sectores de la sociedad vasca un clima de legitimación de las acciones terroristas como instrumento aceptable para combatir al Estado “genocida”.

En consecuencia, estas declaraciones de Arnaldo Otegui deben ser tenidas en cuenta a los efectos previstos en el artículo 9.3.a) de la Ley de Partidos Políticos.

f) DECLARACIONES DE JOSU URRUTICOECHEA, ALIAS “JOSU TERNERA” EN ENTREVISTA A EGUNKARIA (23 DE AGOSTO DE 2002). REF. HECHO N° 15.

Las declaraciones de D. Josu Urruticoechea, alias “Josu Ternera”, representante de BATASUNA en el Parlamento Vasco, a la revista Euskaldunon Egunkaria, en la que acusaba al Lehendakari (Presidente) del Gobierno Vasco de colaborar con “la estrategia destructora de Aznar” (Presidente del Gobierno Español) por haber manifestado que las instituciones vascas cumplirán la ley, en referencia a la decisión del Juez Central de Instrucción núm. 5 de cerrar las sedes de BATASUNA, y en las que afirmaba que ETA es “un agente político que tiene sus propios instrumentos y objetivos”, y que no mata “por capricho”, sino que, a su juicio, “ve la necesidad de utilizar todos los instrumentos para hacer frente al Estado” constituyen un hecho más a tomar en consideración a efectos de lo previsto en el artículo 9.3.a) de la Ley de Partidos.

En efecto, estas declaraciones deben ser valoradas teniendo muy presente que su autor es un destacado dirigente de BATASUNA –actualmente encartado en un proceso penal relacionado con la actividad terrorista de ETA y huido de la Justicia- y que su contenido se inscribe en una clara línea estratégicamente diseñada por BATASUNA, de acuerdo con ETA, de situar la acción de esta banda terrorista en un escenario de “conflicto político”, de justificar la lucha armada, de manera que subliminalmente se transmita el mensaje de que la actividad terrorista es legítima en cuanto que está íntima e inevitablemente ligada a aquel conflicto y es instrumento útil, imprescindible e idóneo para su solución. Por ello, no es baladí el hecho de que “Josu Ternera” afirme que ETA es “un agente político” que “ve la necesidad de utilizar todos los instrumentos para hacer frente al Estado”, pues de esta manera, aunque aparentemente esté refiriendo la opinión de un tercero (en este caso ETA), en realidad está aprovechando la ocasión proporcionada por la entrevista para difundir una vez más las tesis de BATASUNA y de ETA, en ejecución de una estrategia de comunicación previamente diseñada para otorgar un claro apoyo político a la actividad terrorista.

B. INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 9.3.a), EN RELACIÓN CON SU ANTERIOR, Y CON EL ARTÍCULO 9.2, LETRA a) Y LETRA c): EXCULPAR LAS ACCIONES TERRORISTAS Y MINIMIZACIÓN DE SU SIGNIFICADO Y LA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE COMPORTA COMO ESTRATEGIA DE APOYO POLÍTICO.

Nuestra Constitución contempla la participación en la actividad política a través de los partidos políticos como un elemento esencial del sistema de convivencia. Ello determina, como principio claramente inserto en nuestro ordenamiento jurídico, la atribución a los partidos políticos de una misión trascendental en el funcionamiento del sistema democrático, del que constituyen uno de los pilares fundamentales.

Consecuencia de este diseño contemplado por la Constitución de 1978 es que los partidos políticos vienen obligados a actuar dentro del respeto a los valores constitucionales y a los principios democráticos, por lo que, ante acciones que puedan comportar la puesta en riesgo e, incluso, la destrucción de los valores esenciales sobre los que se asienta nuestro ordenamiento y, dentro de éste, los derechos fundamentales de las personas, han de situarse, necesariamente, en una posición conceptual de oposición, denuncia, rechazo y desaprobación de tales acciones.

Así, por lo que respecta a la actividad de las bandas terroristas, verdadero azote de las sociedades contemporáneas, que violenta la convivencia ciudadana, que atenta contra los pilares básicos de nuestra civilización y que conculca los derechos fundamentales más elementales, como el derecho a la vida, los partidos políticos no pueden adoptar una actitud pasiva, cual observador lejano que contempla un suceso que le es ajeno, pues esta postura es inconciliable con el estándar mínimo que implícitamente proclama nuestro ordenamiento constitucional vigente. No es tolerable, pues, desde la perspectiva constitucional, la existencia de unos partidos políticos que no se posicionen conceptualmente de manera clara e inequívoca en contra de la actividad terrorista, o que, con ambigüedad calculada, intenten disimular de manera sistemática su falta de rechazo hacia esos hechos criminales lamentando formalmente sus consecuencias, pero sin incluir un solo término de reproche hacia la bárbara actitud de quienes las provocan utilizando la violencia como método para la consecución de sus objetivos.

Por ello, es necesario establecer con claridad qué actitudes de un partido político resultan inconciliables con las exigencias constitucionales. En este grupo cabe incluir, en primer lugar, aquellas conductas “activas” que bajo el manto de una aparente inocuidad, del ejercicio de una legítima opción política, esconden realmente una intención de colaboración con la actividad terrorista prestando a ésta cobertura y justificación política. Ejemplo de estas conductas son las “declaraciones alternativas” a los comunicados de condena que ante un atentado suscribe la totalidad de los partidos políticos democráticos, en la medida en que a través de aquellas los partidos políticos que colaboran con el terrorismo intentan restar efectividad a tales pronunciamientos condenatorios y legitimidad a quienes los emiten, evitando con extremo cuidado la utilización de cualquier término que pueda comportar una reprobación de la acción terrorista, para limitarse a lamentar asépticamente sus “consecuencias dolorosas”.

Asimismo, cabe incluir en ese grupo de actitudes intolerables las de aquellos partidos políticos que, ante un atentado, guardan silencio –absteniéndose o, en su caso, no participando en la votación y aprobación de comunicados de condena- en ejecución de la consigna previamente dictada por la organización terrorista que cometió el referido atentado. Estas acciones, como decimos, son también reprobables en la medida en que implican una justificación tácita de la violencia, omitiendo la acción debida ante un evento de ese tipo y exigible a un partido político respetuoso con la Constitución, consistente en adoptar una inequívoca posición de repulsa y reproche a la acción cometida, a sus consecuencias y a sus autores, demostrando así un completo alejamiento de las tesis de los terroristas, que defienden el empleo de métodos violentos para alcanzar objetivos que en democracia sólo pueden ser logrados por cauces pacíficos y respetuosos de los derechos fundamentales de las personas.

Evidentemente, este silencio al que nos acabamos de referir, esa actitud de pasividad que complementa políticamente la acción terrorista, es netamente diferenciable desde el punto de vista conceptual de aquella otra postura que, en circunstancias cualitativamente distintas de las mencionadas en el párrafo anterior, se presenta como admisible en cualquier sociedad democrática, en cuanto que constituye una legítima opción política, que podríamos calificar de neutra a los efectos del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Séptima, de 3 de febrero de 2003 señala: “En la medida en que la democracia implica pluralismo, ampara la discrepancia y las formas en las que ésta pueda manifestarse, siempre que esa expresión sea, a su vez, respetuosa con los derechos de los demás”. Por esta razón, el Alto Tribunal afirma a continuación que ... “preconizar la abstención en un proceso electoral es una actitud que, ciertamente, cabe dentro de nuestro ordenamiento y, forma parte del derecho a participar en los asuntos públicos porque ampara el de abstenerse de hacerlo por unos cauces determinados”.

Por ello, sensu contrario, cuando la gravedad de las circunstancias que caracterizan una situación exigen, desde la perspectiva del respeto a los valores y principios constitucionales, una respuesta clara, expresa y no ambigua de un partido político, el silencio o la abstención como forma de expresión del mismo es censurable y rechazable.

Como hemos dicho, en consonancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12-3-2003, la Constitución Española no impone una “democracia militante”. Esta afirmación tiene especial importancia en relación a los hechos omisivos, pues significa que la Constitución no impone realizar actos de adhesión a su sistema, sino simplemente su respeto. Sin embargo, en las negativas de los partidos demandados a condenar hechos de violencia, inclusive contra la vida y contra las personas, no se trata del supuesto incumplimiento de una obligación de adherir a determinadas actitudes políticas, sino de una manifestación de consignas positivas de legitimación de la violencia programáticamente adoptadas. La omisión de reprochar el uso de la violencia no es más que la exteriorización de la legitimación de la misma, expresada, sobre todo, en la llamada “teoría” del conflicto, cuya finalidad –según los representantes de los partidos demandados- es la de afirmar positivamente que la disidencia y la disparidad de opiniones justifica el recurso a la violencia. No se trata, por lo tanto, de una exigencia de adhesión, sino de la manifestación clara y precisa del rechazo de los medios democráticos en la vida política y de su sustitución por otros ajenos al principio democrático.

A los efectos de este proceso, el silencio estratégica y sistemáticamente reiterado de un partido político ante la actividad terrorista sólo puede interpretarse desde la óptica político-constitucional como un claro signo de “aceptación por omisión” o “aceptación implícita” de la misma, esto es, como un alineamiento con las tesis de los autores de esas acciones criminales y de asunción tácita de la violencia como método para conseguir determinados objetivos que en nuestro ordenamiento constitucional deben alcanzarse, necesariamente, solo por métodos pacíficos. En este sentido debemos recordar ahora que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 12 de marzo de 2003, al enjuiciar la constitucionalidad del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos ha establecido (FJ 10): “...sin que nos corresponda ahora determinar si la mera ausencia de condena puede ser o no entendida como apoyo implícito al terrorismo, lo cierto es que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulneración de libertad de expresión”.

Por otra parte, esa exigencia constitucional de respeto a los valores esenciales de nuestro ordenamiento debe tener reflejo, asimismo, en el ámbito del proceso en que se demanda la ilegalización de un partido político. Así, cuando en el curso de éste se imputa a un partido político esa actitud de “aceptación por omisión” de los métodos violentos para la consecución de objetivos políticos a la que antes nos referíamos, no basta para desvirtuarla con una mera negativa formulada en términos de abstracción o generalidad, ni con acogerse al aforismo clásico “quien calla ni otorga ni niega”, pues carecería de toda lógica que, partiendo de un preexistente deber constitucional de respeto de los valores esenciales y de actuación conforme a éstos exigible a los partidos políticos, ninguna consecuencia desfavorable alcanzara a aquel partido que previamente omitiera la actuación debida (mediante una oposición sistemática a toda iniciativa de condena explícita de la actividad terrorista) y luego adoptara una actitud procesal indiligente al no intentar desvirtuar de manera razonable la prueba de cargo aportada por la parte demandante de su ilegalización.

Pues bien, todos estos razonamientos, complementados en lo necesario con aquella jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya citada, que proscribe las actitudes ambiguas y exige, por el contrario, conductas activas en alejamiento de

la violencia, son aplicables al supuesto que ahora examinamos. En efecto, en el presente proceso se han aportado pruebas que demuestran de modo inequívoco que la estrategia política de los partidos demandados en relación con los atentados cometidos por la banda terrorista ETA ha seguido siempre una línea uniforme, adoptando regularmente una postura contraria a la condena de las acciones terroristas en las diversas instituciones en las que se encuentran representados, lo que se ha traducido en unos casos en la presentación de textos alternativos a los condenatorios aprobados por el resto de las formaciones políticas, en otros en la deliberada ausencia de sus representantes en el momento de la votación de dichos acuerdos, y, asimismo, también en otras ocasiones, en el mantenimiento de una postura de abstención o de voto en contra de los referidos acuerdos. Recuérdese además que aquellas conductas levemente críticas para con la violencia terrorista que aparecieron en el llamado “proceso BATASUNA” fueron sofocadas en favor de una línea oficial próxima a la banda terrorista, y en la que explícitamente se decía (en una alusión a la condena de los crímenes) que: “la nueva organización rechazará las fórmulas de condena [de los actos violentos] que no hacen sino perseguir intereses concretos y están fuera de lugar”.

Es por ello por lo que la consecuencia, a efectos de este proceso, no puede ser otra que la de entender que concurre en el presente caso la causa de ilegalización prevista en el artículo 9.3.a) de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos (consistente en “Dar apoyo expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta”), como estrategia de apoyo político, y por tanto residenciable también en el 9.2.a) (“justificando o exculpando los atentados”) y c) (“complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas”), toda vez que está probado que los partidos demandados han llenado, con su negativa sistemática a la condena real de todo atentado terrorista posterior a la entrada en vigor de dicha Ley, el supuesto de hecho previsto en el referido artículo. Esta estrategia de los partidos demandados se ha puesto de manifiesto claramente en los hechos que anteriormente describíamos como probados en el fundamento correspondiente, y a los que ahora nos referiremos brevemente:

a) NEGATIVA DE BATASUNA A NOMBRAR REPRESENTANTES EN LA PONENCIA DEL PARLAMENTO VASCO QUE SE OCUPARÍA DE LA SITUACIÓN Y NECESIDADES DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO (3 DE JULIO DE 2002). Ref. HECHO N° 1.

Esta postura de BATASUNA en el Parlamento Vasco, adoptada en fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley, revela, una vez más, que esta formación, sucesora de las anteriores, considera como un método aceptable de comportamiento en la vida política la elusión por su parte de cualquier actuación que pudiera implicar, directa o indirectamente, un reproche expreso o tácito a la actividad violenta de la banda terrorista ETA.

En este caso, la representante de dicha formación, D^a. Jone Goirizelaia, no sólo no se sumó a la iniciativa del Parlamento Vasco que pretendía mitigar las terribles consecuencias de las acciones terroristas, y por tanto, también las provocadas por la actuación de la banda criminal ETA, sino que incluso descalificó aquélla anticipadamente, evitando así que su simple presencia en la Ponencia siquiera pudiera interpretarse como censura implícita de la actividad de aquella organización terrorista.

Esta postura, considerada aisladamente, podría ser objeto de distintas valoraciones desde la perspectiva estrictamente política, desde luego ajena a la misión de este Tribunal, mas no tendría porqué conducir a la ilegalización del partido político que la sustentase, pues los partidos políticos no están obligados siempre a compartir

iniciativas ajenas, siendo en principio legítimo que cada partido adopte, por razones de oportunidad, aquella posición que estime más adecuada en orden a su participación en la vida política, siempre que, naturalmente, su actuación globalmente considerada supere inequívocamente el estándar mínimo establecido por la Constitución.

Sin embargo, atendiendo a la actuación global del partido BATASUNA se observa que esta formación política dispensa diferente tratamiento a las víctimas de las acciones terroristas y a quienes las practican y sufren daños físicos en el curso de aquellas o son aprehendidos por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Por ello, la valoración jurídica de la concreta conducta examinada en este apartado a la luz de la Ley de Partidos conduce directamente a estimarla incurso en el supuesto de hecho previsto en el artículo 9.3.a) en relación con el 9.2, en cuanto que, como antes dijimos, forma parte de una estrategia global de dicha organización dirigida a minimizar las reiteradas vulneraciones de los derechos fundamentales más elementales provocadas por la criminal actividad de la banda terrorista ETA, y a exculpar a ésta de toda responsabilidad por las consecuencias de su brutal forma de actuación. Por este motivo, la acción ahora analizada es idónea para integrar la causa de ilegalización prevista en el artículo 9.3.a) de la Ley de Partidos Políticos.

b) DECLARACIONES DE D. JOSÉ ENRIQUE BERT, PORTAVOZ DE BATASUNA EN EL AYUNTAMIENTO DE VITORIA (19 DE JULIO DE 2002). Ref. HECHO N° 6.

Estas declaraciones del portavoz de BATASUNA en el Ayuntamiento de Vitoria, realizadas bajo la vigencia de la actual Ley de Partidos y acreditadas fehacientemente en periodo probatorio, constituyen una muestra más de la postura global de BATASUNA ante el fenómeno de la violencia terrorista a la que reiteradamente nos hemos referido.

La particularidad de estas declaraciones radica, sin embargo, en que, con mayor claridad que en otras ocasiones, un representante de BATASUNA deja entrever la aceptación por este partido político de los bárbaros métodos de actuación de ETA, en cuanto que de la expresión utilizada (BATASUNA “no aspira a que ETA deje de matar, sino a que Euskal Herria no tenga ningún tipo de violencia y que los que la practican dejen de existir”) cabe deducir fundadamente que BATASUNA está justificando que ETA siga matando mientras no cese lo que los partidos que se sitúan en la órbita de esa banda criminal consideran la “otra violencia”, y que en realidad no es sino la acción que legítimamente ejercen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Tribunales de Justicia contra quienes practican la actividad terrorista.

Es evidente, por tanto, que de estas declaraciones puede inferirse que el respeto a uno de los principios básicos de nuestro Estado de Derecho, el respeto a la vida humana, no constituye un objetivo prioritario para BATASUNA, sino que para este partido político está supeditado al cese de la actividad estatal de hostigamiento de la banda terrorista ETA.

En consecuencia, cabe afirmar que estas declaraciones, en cuanto que minimizan la violación del más elemental de los derechos humanos fundamentales, el derecho a la vida, también deben considerarse objetivamente idóneas para integrar la causa de ilegalización del artículo 9.3.a) de la Ley de Partidos Políticos, en relación con el 9.2.a) y c).

c) NEGATIVA DE BATASUNA A CONDENAR EN PLENO MUNICIPAL LA CAMPAÑA DE AMENAZAS SUFRIDA POR LOS EDILES DEL PARTIDO SOCIALISTA DE EUSKADI-EUSKADIKO EZQUERRA DEL AYUNTAMIENTO DE AMOREBIETA (30 DE JULIO DE 2002). REF. HECHO N° 4.

Esta nueva acción de BATASUNA no aparece, en los términos de la documentación que se ha aportado para acreditarla, expresamente ligada a la actuación de la banda terrorista ETA, mas resulta evidente, valorando la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, que, en principio, sólo a personas que compartieran con aquella banda terrorista el criterio de la válida utilización de métodos violentos para conseguir sus objetivos cabría imputar la autoría de las amenazas sufridas por los concejales del PSE-EE del Ayuntamiento de Amorebieta.

Ahora bien, las hipótesis que pudieran sugerirse respecto a la autoría de esas acciones no debe ser ahora objeto de pronunciamiento alguno por este Tribunal, pues lo que verdaderamente importa a efectos de nuestro proceso en relación con este hecho es que, ante el acoso reiterado a tres concejales del mismo Ayuntamiento y las nada veladas amenazas contra su integridad física por su actuación como representantes del pueblo en la Corporación Municipal, BATASUNA se inhibió una vez más y se apartó de los demás partidos que sí proclamaron con su actitud su respeto a los valores constitucionales.

Por ello, también esta actuación, sumada a las anteriores, debe ser tenida en cuenta a los efectos del artículo 9.3.a) de la Ley de Partidos Políticos, en relación con el 9.2.a) y c).

d) NEGATIVA DE BATASUNA Y SUS DIRIGENTES A CONDENAR EL ATENTADO DE SANTA POLA EN EL QUE MURIERON DOS PERSONAS (4 DE AGOSTO DE 2002).
Ref. HECHO Nº 9.

Las reacciones de los dirigentes de la organización BATASUNA y la posición oficialmente adoptada por ésta ante el atentado cometido por ETA en Santa Pola el día 4 de agosto de 2002, en el que murieron dos personas (una de ellas una niña de seis años de edad) son elocuentes y trascendentes, al revelar una pauta de funcionamiento regular de un partido político de todo punto inconciliable con el respeto que le es exigible a los valores esenciales del ordenamiento constitucional vigente.

No resulta obstáculo para ello el hecho de que D. Antton Morcillo terminara la rueda de prensa ofrecida tras la reunión de la Junta de Portavoces del Parlamento Vasco - que acordó condenar el atentado con el apoyo de todos los grupos políticos, salvo BATASUNA- “lamentando” las muertes de Santa Pola y mostrando su “solidaridad” con las víctimas, familiares y allegados, ni, tampoco, el dato de que el texto alternativo presentado por BATASUNA pudiera formalmente entenderse como una condena del atentado (al señalar que ... “todos los grupos parlamentarios adoptamos el compromiso de dar los pasos necesarios y de impulsar los mecanismos democráticos que hay que poner en marcha para terminar definitivamente con estos lamentables sucesos que causan tanto pesar y dolor en nuestro pueblo”), pues ha de valorarse en su justa medida la falta de apoyo de BATASUNA al acuerdo de condena suscrito por las demás formaciones políticas en el Parlamento Vasco y la actitud materialmente exculpatoria de D. Arnaldo Otegui y D. Anttón Morcillo hacia los autores del mismo.

En este sentido, la verdadera intención de los mencionados dirigentes de BATASUNA y el mantenimiento de esa actitud como línea estratégica de actuación de dicha organización quedan al descubierto al tomar en consideración el dato de que estos mismos hechos –esto es, la negativa a condenar los atentados y la presentación de éstos como la consecuencia de la falta de solución democrática de un conflicto político- se han repetido en innumerables ocasiones después de la entrada en vigor de la Ley, e incluso antes de que ésta se produjera (baste recordar aquí la negativa de HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA, respectivamente, a condenar los asesinatos por ETA de D. Gregorio Ordoñez en 1995, D. Miguel Angel Blanco en 1997, D. Fernando Buesa en 2000, D. Ernest Lluch y D. Ramón Díaz

García en 2001, D. Juan Priede Pérez y D. Froilán Elespe en 2002 y, más recientemente, la de D. Joseba Pagazaurtundua en 2003).

Asimismo, es claro que la presentación por BATASUNA de un texto alternativo aparentemente condenatorio no es suficiente para evitar la concurrencia de la causa de ilegalización prevista en el artículo 9.3.a) de la Ley de Partidos Políticos, cuando semánticamente se elude en él toda referencia clara de condena, repulsa o censura hacia la acción criminal, a la que alude como “estos hechos”, y se limita a mostrar “solidaridad” con las víctimas y sus familiares, y a expresar asépticamente, con ambigüedad calculada, el deseo de impulsar los mecanismos “para terminar definitivamente con estos lamentables sucesos que causan tanto pesar y dolor en nuestro pueblo”.

Incluso cabría añadir aun, como argumento capital, que la misma presentación de un texto alternativo carente de contenido reprobatorio de la acción terrorista, o, en su caso, el voto en contra o la abstención en la votación del aprobado por los demás partidos, que condenare con rotundidad el atentado, podrían revelar ya, per se, una actitud de claro incumplimiento de las exigencias básicas que la Constitución de 1978 impone a los partidos políticos. Esta ha sido y es, sin embargo, como ha quedado demostrado, la conducta mantenida por BATASUNA, hasta el punto de que uno de sus dirigentes ha llegado a calificarla como “seña de identidad”; una seña de identidad de un vigor y relevancia tales como para formar parte del proceso de creación del partido político BATASUNA (en realidad continuación de su anteriores) en la Ponencia aprobada en el proceso de su constitución, en el que, como ya se ha expresado, uno de sus postulados fue la no condena de los atentados de ETA.

En consecuencia, la actitud de BATASUNA en relación con el atentado de Santa Pola, reiterada en términos sustancialmente idénticos en los Parlamentos Vasco y Navarro, y en los Ayuntamientos de San Sebastián, Vitoria, Portugalete, Irún y Pamplona, reviste, indudablemente, gravedad y reiteración suficientes como para ser encuadrada en el artículo 9.3.a) en relación con el 9.2, a) y c) de la Ley de Partidos Políticos.

e) DECLARACIONES DE D. JOSU URRUTIKOETXEA, ALIAS “JOSU TERNERA” EN ENTREVISTA A EGUNKARIA (23 DE AGOSTO DE 2002). Ref. HECHO 15.

El mismo razonamiento expresado en el apartado anterior cabe realizar respecto de las declaraciones de “Josu Ternera” a la revista Egunkaria el día 23 de agosto de 2002, en la medida en que, como dirigente significado del partido BATASUNA, al que representaba en el Parlamento Vasco, lejos de manifestar una actitud de radical oposición o, cuando menos, de rechazo de la violencia como método de consecución de los objetivos perseguidos por la banda terrorista, afirma que la clave de la cuestión no reside en condenar las acciones de ETA, sino en comprender que esta organización no promueve la lucha armada “por capricho” –otorgando así una finalidad específica a la lucha armada-, sino que se encuentra en la “necesidad de utilizar todos los instrumentos para hacer frente al Estado”, intentando así justificar la criminal actividad de ETA y eludir cualquier reproche a la misma por los atentados por ella cometidos.

2. ARTICULO 9.2.a) EN RELACIÓN CON EL 9.3.b) “ACOMPañAR LA ACCIÓN DE LA VIOLENCIA CON PROGRAMAS Y ACTUACIONES QUE FOMENTAN UNA CULTURA DE ENFRENTAMIENTO Y CONFRONTACIÓN CIVIL LIGADA A LA ACTIVIDAD DE LOS TERRORISTAS, O QUE PERSIGUEN INTIMIDAR, HACER DESISTIR, NEUTRALIZAR O AISLAR SOCIALMENTE A QUIENES SE OPONEN A LA MISMA, HACIÉNDOLES VIVIR COTIDIANAMENTE EN UN AMBIENTE DE COACCIÓN, MIEDO, EXCLUSIÓN O PRIVACIÓN BÁSICA DE LAS LIBERTADES Y, EN PARTICULAR, DE LA LIBERTAD PARA OPINAR Y PARA PARTICIPAR LIBRE Y DEMOCRÁTICAMENTE EN LOS

ASUNTOS PÚBLICOS”.

Bajo este epígrafe cabe incluir una serie de conductas -intrínsecamente violentas o favorecedoras de la violencia- de los partidos demandados y de sus dirigentes más significados mediante las cuales pretenden crear un clima irrespirable para quienes se oponen a las tesis de la banda terrorista ETA y de los partidos políticos afines a ésta.

Estas conductas, por otra parte, responden a una estrategia preconcebida, encuadrable en el llamado “frente social” de la acción de la banda terrorista ETA, y están dirigidas a “captar” o subyugar voluntades mediante la puesta en marcha de acciones concretas destinadas a atemorizar no sólo a la población en general, sino también, específicamente, a quienes ejercen cargos públicos de relevancia en las distintas instituciones estatales, autonómicas y locales.

De este modo, quienes osan enfrentarse públicamente a los postulados de ETA son inmediatamente identificados por los partidos políticos demandados y sometidos a campañas de descrédito, aislamiento social, y amenazas explícitas o veladas contra su integridad y la de sus familiares, a fin de lograr que desistan de esa actitud de oposición a las tesis de los terroristas y de quienes les prestan cobertura política.

Dentro de este grupo cabe citar los siguientes hechos, que han sido debidamente acreditados en este proceso:

a) DECLARACIONES DE D. ARNALDO OTEGUI EL 3 DE JULIO DE 2002 EN RESPUESTA AL AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NÚM. 5 DE LA AUDIENCIA NACIONAL QUE DECLARABA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE BATASUNA POR LOS DAÑOS DE LA DENOMINADA “VIOLENCIA CALLEJERA”, “TERRORISMO CALLEJERO” O “KALE BORROKA”. REF. HECHO Nº 2.

Estas declaraciones, en las que D. Arnaldo Otegui calificó al Juez titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional como “marioneta al servicio del Estado para aniquilar a la izquierda abertzale”, imputó a este Juez la generación de una “situación grave y antidemocrática” por dictar el referido Auto y exhortó al pueblo vasco a “responder con contundencia a esta nueva agresión”, constituyen, sin duda alguna, el paradigma de los hechos a que se refieren las previsiones normativas contenidas en los apartados 2.b) y 3.b) del artículo 9 de la Ley de Partidos Políticos.

En efecto, basta una simple lectura del tenor literal del mencionado precepto para comprobar que la acción de D. Arnaldo Otegui que ahora se analiza se ajusta a los tipos contemplados en aquel, lo que se infiere de los siguientes razonamientos:

- En primer lugar, D. Arnaldo Otegui no se limita a censurar el contenido del Auto dictado por el Juez titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, acción que habría sido legítima en el ejercicio de su libertad de expresión, sino que dirige contra este Juez expresiones claramente descalificatorias en el terreno personal (“marioneta al servicio del Estado”) a través de las cuales pretende, por la vía de la negación del respeto debido a toda autoridad judicial que ejerce su función jurisdiccional, deslegitimar absolutamente de partida su actuación concreta, con independencia del sentido, acierto o desacierto de la resolución judicial emitida. Buena muestra de esta intención de D. Arnaldo Otegui es que éste, además, negó expresamente toda “legitimidad a las medidas que adopten los jueces españoles y franceses sobre cuestiones del País Vasco” (según su expresión literal).

- En segundo término, D. Arnaldo Otegui acusó al Juez titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional de generar “una situación grave y antidemocrática” y de pretender “aniquilar a la izquierda abertzale” por haber dictado

el Auto mencionado, expresiones que, en el contexto en que fueron pronunciadas eran idóneas para provocar un aumento de la crispación en el País Vasco y para fomentar la violencia. No debe olvidarse a este respecto que las aludidas expresiones fueron proferidas en el curso de una rueda de prensa con máxima publicidad, habida cuenta de la trascendencia que el Auto tuvo a nivel nacional, y que el autor de las mismas era uno de los máximos dirigentes de la formación política afectada por el auto, lo que le obligaba a ser especialmente prudente en sus declaraciones ante la previsibilidad del resultado indicado.

- En tercer lugar, D. Arnaldo Otegui exhortó al pueblo vasco a “responder con contundencia a esta nueva agresión”, expresión que comporta, por un lado, una incitación explícita al uso de la violencia como alternativa a una resolución dictada por un miembro del Poder Judicial en el ejercicio legítimo de las competencias que tiene constitucionalmente atribuidas, y, por otro, un claro mensaje amenazador dirigido al Juez que ostenta la competencia para continuar conociendo del asunto en el que se dictó una resolución adversa a los intereses de BATASUNA.

Por ello, este Tribunal no tiene duda alguna de que las declaraciones de D. Arnaldo Otegui en la rueda de prensa a que nos referimos, en función del análisis de su contenido que acabamos de realizar y valoradas en conjunto (ponderando especialmente a estos efectos los hechos probados referidos en los apartados 14 y 18 del fundamento correspondiente de esta sentencia, en relación con los cuales adquieren pleno significado los ahora examinados), son objetivamente idóneas para integrar la causa de ilegalización a que se refiere el apartado 9.3.b) de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, en relación con los apartados 2.b) y 2.c), en la medida en que propician y fomentan el uso de la violencia como método de resolución de conflictos, contribuyen a la consolidación de una cultura de enfrentamiento civil y persiguen intimidar, hacer desistir y neutralizar la acción de la autoridad judicial competente para la instrucción del asunto en el que el aludido auto fue dictado.

b) DECLARACIONES DE D. JOSETXO IBAZETA, PORTAVOZ MUNICIPAL DE BATASUNA, EL 16 DE JULIO DE 2002 EN LA CONCENTRACIÓN CELEBRADA EN LA COMANDANCIA DE MARINA DE SAN SEBASTIÁN. Ref. HECHO Nº 5.

Las declaraciones a que se refiere este apartado deben situarse en el contexto en que tuvieron lugar, esto es, durante la celebración de una concentración realizada por la organización BATASUNA ante la Comandancia de Marina de San Sebastián, en el curso de la cual los concentrados profirieron insultos contra diversas autoridades estatales, entre las que se encontraban el senador del partido Popular por Guipuzcoa, D. Gonzalo Quiroga, y el Subdelegado del Gobierno, D. Juan Antonio Foncillas, y corearon consignas y gritos en euskera de “Armada española fuera”, “que se vayan” y “dejadnos en paz, fuera de aquí”.

En este ambiente claramente hostil hacia las autoridades estatales, las declaraciones del portavoz municipal de BATASUNA, D. Josetxo Ibazeta, en las que afirmaba que la concentración de militantes de su organización ante la Comandancia de Marina tenía por objeto “decirles –a las autoridades estatales- que no podrán pasear con impunidad por Euskal Herria” no pueden interpretarse sino como una clara amenaza hacia las autoridades mencionadas y una invitación implícita, pero evidente, al empleo de la violencia contra ellas.

Esta exhortación a la violencia es, además, expresión idónea para intentar intimidar a dichas autoridades mediante la creación de un clima de miedo y exclusión de aquellas personas que no compartan las tesis representadas por D. Josetxo Ibazeta, o lo que es lo mismo, por BATASUNA, de manera que no puedan aquellas participar libre y democráticamente en la gestión de asuntos públicos que tienen encomendados,

alimentando y fomentando así la cultura de enfrentamiento y confrontación civil en el País Vasco generado por la actividad violenta de la banda terrorista ETA.

Hecho relevante adicional es que esta acción resultaba ser fiel ejecución de una estrategia trazada desde la banda terrorista ETA, como al efecto expresaron los funcionarios de la Guardia Civil deponentes ante la Sala, lo que priva a esa reacción de toda espontaneidad social, para colocarla en su verdadera dimensión de ejecución de una táctica terrorista.

En consecuencia, esta acción de D. Josetxo Ibazeta debe ser tomada en consideración a los efectos previstos en los apartados 2.c), y 3.b) del artículo 9 de la Ley de Partidos Políticos.

c) DECLARACIONES DE D. ARNALDO OTEGUI EN RUEDA DE PRENSA DE BATASUNA CELEBRADA EL 21 DE AGOSTO DE 2002 EN BILBAO. Ref. HECHO N° 14.

Los hechos que han de ser ahora objeto de valoración a efectos de su calificación jurídica a la luz del artículo 9 de la Ley de Partidos Políticos acaecieron el día 21 de agosto de 2002, durante una rueda de prensa convocada por BATASUNA en relación con la decisión del Juez Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, de iniciar los trámites para suspender la actividad de BATASUNA. En ella, D. Arnaldo Otegui calificó a este Juez de “marioneta al servicio del Estado” y proclamó que el pueblo vasco va a “organizarse” y “pelear” para que nunca más un “señorito fascista español” pueda decir a los vascos qué tienen que aprender ni cómo tienen que ser sus instituciones.

Además, D. Arnaldo Otegui exigió a las tres fuerzas que integran el Gobierno Vasco “responsabilidad nacional y sentido común”, conminándoles a que “no se les ocurra ni se les pase por la cabeza utilizar sus mecanismos, de los que dispone porque el Estado se los ha concedido, para golpear a BATASUNA”, y advirtiéndoles de que si colaboraban en la clausura de sus sedes se crearía “un escenario no deseado”.

Bastaría la simple lectura del tenor literal de estas declaraciones y el visionado de las mismas ante esta Sala para concluir afirmando que nos encontramos ante unas manifestaciones objetivamente idóneas para integrar los supuestos de ilegalización previstos en los apartados 2.b), 2.c) y 3.b del artículo 9 de la Ley de Partidos Políticos por las siguientes razones:

- En primer lugar, utiliza expresiones claramente descalificadoras en el terreno personal (“marioneta al servicio del Estado”) para restar credibilidad a la decisión del juez actuante, al que niega implícitamente toda imparcialidad en el conjunto de su actuación judicial.

- Además, también implícitamente trata de proyectar públicamente la negación que efectúa de su legitimidad por encarnar dicho juez a uno de los poderes del Estado español, al que trata de enfrentar con el País Vasco (al referirse al juez actuante como “señorito fascista español”). La utilización del vocablo “fascista” se emplea, pues, conscientemente como elemento arrojadizo y descalificador contra aquella autoridad legítima a la que se imputan prácticas totalitarias en su actividad jurisdiccional.

- Cuestiona tácitamente por medios ilegítimos, cual es la incitación al uso de la violencia, la actual estructura constitucional de distribución de competencias estatales y autonómicas al señalar que el pueblo vasco va a “organizarse” y “pelear” para que nunca más un “señorito fascista español” pueda decir a los vascos qué tienen que aprender ni cómo tienen que ser sus instituciones.

- Finalmente, conmina a las tres fuerzas que integran el Gobierno Vasco a que “no se les ocurra ni se les pase por la cabeza utilizar sus mecanismos, de los que dispone porque el Estado se los ha concedido, para golpear a BATASUNA”, culminando la nada velada amenaza que profiere con la advertencia de que si colaboran en la clausura de sus sedes se crearía “un escenario no deseado”.

Como puede deducirse fácilmente de lo expuesto, las declaraciones de D. Arnaldo Otegui constituyen una clara exhortación al uso de la violencia como método para la consecución de objetivos políticos y para intentar desvirtuar la eficacia de las resoluciones de la autoridad judicial, contribuyendo significativamente al mantenimiento de un clima de confrontación civil en el País Vasco.

Estas declaraciones, sin embargo, no son fruto de una acción aislada, sino parte de una estrategia global puesta en práctica por los partidos políticos demandados conforme a las directrices de ETA, lo que, sin duda alguna, cabe colegir del examen de los distintos hechos valorados en esta Sentencia, pudiendo destacarse a estos efectos, a título de ejemplo, la similitud sustancial de la acción de Otegui analizada en este apartado, en la forma y en los objetivos de actuación, con la que el mencionado dirigente de BATASUNA protagonizó el día 3 de julio de 2002 en respuesta al Auto de ese mismo Juzgado nº 5, que declaraba la responsabilidad civil de BATASUNA por los daños de la “kale borroka”, expresión que designa la violencia callejera o terrorismo callejero (intervención que ha sido examinada también en este apartado).

En consecuencia, no puede concluirse afirmando la inocuidad de estas declaraciones de D. Arnaldo Otegui a los efectos del artículo 9 de la Ley de Partidos Políticos, ni siquiera –como pretende la defensa de BATASUNA en este proceso, según su razonamiento expresado al folio 76 de su contestación a la demanda, en el que niega la existencia del tono amenazador en aquellas que, sin embargo, a juicio de este Tribunal cabe advertir con toda nitidez- sobre la base de considerarlas efectuadas al amparo del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, pues siendo cierto que la Constitución española, efectivamente, ampara a D. Arnaldo Otegui para expresar libremente y en forma adecuada su opinión sobre cualquier acontecimiento de la realidad política o judicial, no lo es menos que la libertad de expresión encuentra también límites cuando la ejercita un dirigente de un partido político en su condición de tal, situándose este límite en el respeto a los valores constitucionales y principios democráticos, como expresa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en este sentido cabe citar, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 148/2001, de 27 de junio, y la más reciente dictada el 12 de marzo de 2003 que declaró la constitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos) y ha plasmado en nuestro derecho positivo vigente esta última, siendo evidente por las razones expuestas que estos límites han sido claramente transgredidos en esta ocasión por D. Arnaldo Otegui.

Sobre la posibilidad de que las declaraciones de representantes de los partidos políticos puedan imputar a éstos la responsabilidad por sus actos y declaraciones cumple recordar el tenor de la Sentencia de fecha de 13 de febrero de 2003, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más arriba transcrita en sus fundamentos aplicables al caso, y que en este momento, por tanto, deben darse por reproducidos.

d) DECLARACIONES DE D. JOSEBA PERMACH EN MÍTIN DE BATASUNA CELEBRADO EL 23 DE AGOSTO DE 2002 EN BILBAO, TRAS LA MANIFESTACIÓN CONVOCADA POR ESTA ORGANIZACIÓN EN CONTRA DE SU ILEGALIZACIÓN. REF. HECHO Nº 16.

Los hechos que ahora son objeto de calificación jurídica se refieren a las manifestaciones efectuadas por el dirigente de BATASUNA, D. Joseba Permach, con

ocasión de una manifestación convocada por dicha organización en contra de su ilegalización el día 23 de agosto de 2002 en Bilbao.

En el curso de la misma, D. Joseba Permach acusó a los representantes del Partido Nacionalista Vasco de carecer de “dignidad nacional” por mantener una postura de respeto a la legalidad española, advirtiéndoles de que lo importante no son “las transferencias ni los Estatutos”, sino la “autodeterminación”, exigiéndoles que “plantasen cara” al “enano mental y a su cuadrilla de fascistas”, en referencia al Presidente del Gobierno español democráticamente elegido.

Asimismo, D. Joseba Permach señaló que antes de que presentaran las “veintitres razones, decían que eran siete, y lo dijeron porque les traicionó el subconsciente. Las siete razones son Araba, Bizkaia, Gipuzkoa, Nafarroa, Baxenafarroa, Lapurdi y Zuberoa, los siete territorios que les vamos a arrancar a los fascistas españoles y jacobinos franceses”.

D. Joseba Permach, además, instó a los participantes a “plantar cara, salir a la calle y responder con contundencia”.

Estas declaraciones de D. Joseba Permach deben ser objeto de adecuada ponderación teniendo presente que se produjeron en el contexto de una manifestación organizada por BATASUNA, con asistencia de numerosos simpatizantes de esta formación política, y convocada al objeto de protestar contra su hipotética ilegalización, por lo que resulta evidente que el clima general en el que se efectuaron esas declaraciones era especialmente propicio para incrementar el nivel de crispación social y fomentar la confrontación civil.

Igualmente debe valorarse a estos efectos su contenido, pues en ellas se incluían insultos y descalificaciones personales y políticas de grueso calibre contra el Presidente del Gobierno español, así como claras amenazas de segregar por medios no pacíficos una parte del territorio nacional en beneficio del proyecto político defendido por los partidos políticos demandados y evidentes incitaciones al uso de la violencia para oponerse a eventuales decisiones políticas o judiciales que pudieran afectar a aquéllos como partidos políticos.

De todo ello, se deduce con claridad meridiana que estamos ante una acción susceptible de ser encuadrada en los supuestos previstos en el artículo 9, apartados 2.c), 3.a) y 3.b) de la Ley de Partidos Políticos, sin que represente ningún obstáculo para ello la alegación de la parte demandada, obrante al folio 78 de su escrito de contestación a la demanda, de constituir las declaraciones examinadas un simple ejercicio por parte del Sr. Permach de sus derechos de libertad de expresión y manifestación “por muy ácidas e hirientes que puedan resultar sus palabras”, pues, como antes dijimos, la libertad de expresión de un dirigente político no es ilimitada y debe ejercitarse con respeto en la forma y en el fondo a los valores y principios esenciales establecidos en la Constitución española, que excluyen por definición toda clase de incitaciones a la violencia.

f) CONDUCTAS DE LOS REPRESENTANTES MUNICIPALES DE BATASUNA EN LOS AYUNTAMIENTOS DE VITORIA Y DE LASARTE-ORIA, REITERADAS DESDE EL 29 DE JUNIO DE 2002, DE HOSTIGAMIENTO A LOS REPRESENTANTES DE PARTIDOS NO NACIONALISTAS, QUE PROPICIAN EL MANTENIMIENTO DE UN CLIMA DE CONFRONTACIÓN CIVIL. Ref. HECHO 18.

Los hechos que han quedado acreditados a este respecto demuestran de manera evidente que los representantes de los partidos demandados, y más concretamente,

sus concejales en los Ayuntamientos de Vitoria y Lasarte-Oria, con sus reiteradas acciones de provocación y de enfrentamiento superando los límites tolerables de la natural discrepancia política, con sus campañas de insultos y amenazas a los representantes políticos de partidos no nacionalistas, ejecutadas unas veces personalmente y otras por sus seguidores (pero con la cobertura de aquellos), han conseguido instalar en esas localidades del País Vasco un clima permanente de confrontación civil y de hostigamiento social por los partidarios violentos de las tesis independentistas hacia todas aquellas personas que no compartan estos planteamientos.

Esta conducta, que puede concretarse ad exemplum en los sucesos que tuvieron lugar en el Ayuntamiento de Lasarte-Oria el día 29 de junio de 2002 y en el curso de la manifestación convocada el día 30 de julio siguiente por los partidos demandados en la misma localidad, es fiel reflejo de una estrategia de actuación, impuesta por la banda terrorista ETA y ejecutada por los partidos del Complejo BATASUNA, dirigida a propiciar un clima de enfrentamiento y de crispación social tendente a aislar a quienes se atrevan a disentir de los planteamientos de la banda y de su entorno, especialmente cuando se trata de representantes de otros partidos políticos, intentando amedrentarles mediante el ejercicio de acciones violentas, físicas y verbales, para que desistan de su actitud de oposición a las tesis por aquellos sostenidas.

Por ello, la actuación de los partidos demandados a este respecto debe ser tomada en consideración a efectos de integrar la causa de ilegalización prevista en el artículo 9.3.b) de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

3. ARTICULO 9.2.c) EN RELACIÓN CON EL 9.3.d): UTILIZAR COMO INSTRUMENTOS DE LA ACTIVIDAD DEL PARTIDO, CONJUNTAMENTE CON LOS PROPIOS O EN SUSTITUCIÓN DE LOS MISMOS, SÍMBOLOS, MENSAJES O ELEMENTOS QUE REPRESENTEN O SE IDENTIFIQUEN CON EL TERRORISMO O LA VIOLENCIA Y CON LAS CONDUCTAS ASOCIADAS AL MISMO.

En este epígrafe del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos pueden incluirse una serie de conductas de los partidos demandados, y, en particular, de BATASUNA, cuya realidad ha sido demostrada en este proceso a través de un amplio abanico de medios probatorios, entre los que se incluyen, fotocopias de información publicada en distintos periódicos, actas notariales (documentos números 64 a 72 de los acompañados por el Abogado del Estado con su demanda), y documentos fotográficos e informáticos aportados por los testigos- peritos que ratificaron ante la Sala el día 13 de enero de 2003 el Informe 13/2002 (incorporado a petición de las dos partes demandantes), cuyos elementos F-1, F-2, G-1 y G-2 fueron vistos por la Sala mediante el sistema de Power Point.

A. INCLUSIÓN EN LA PÁGINA WEB DE EUSKAL HERRITARROK-BATASUNA DE IMÁGENES DE VÍDEO QUE REPRESENTAN UN APOYO EXPLÍCITO A LA ACTIVIDAD TERRORISTA DE ETA. Ref. HECHO N° 13.

Como ha quedado indicado en otros apartados de esta Sentencia, se ha demostrado en este proceso que el contenido de la página web de EUSKAL HERRITARROK y el de BATASUNA son idénticos, en virtud de la integración de aquélla en esta organización.

Asimismo, ha quedado demostrado fehacientemente que el contenido referido estaba a disposición del público en general, vía internet, sin limitaciones de acceso, y que estaba integrado por diversos apartados y subapartados entre los que se incluían imágenes en vídeo y declaraciones que servían para potenciar la difusión de la actividad violenta y terrorista, así como de las tesis de ETA.

Entre estos contenidos destacaban las imágenes de concentraciones públicas en las que se trataba a personas condenadas por la comisión de graves delitos como presos políticos, se proferían gritos a favor de ETA (“Gora ETA militarra” [viva ETA Militar]) y se lanzaban amenazas contra el Presidente del Gobierno español (“Aznar, pim, pam, pum”).

Igualmente, aparecían en esos videos incluidos en la página web personas encapuchadas repartiendo octavillas en la concentración y quemando banderas españolas y francesas, simbolizando así la oposición violenta a los dos Estados.

Asimismo, se incluían las declaraciones del responsable de comunicación de EUSKAL HERRITARROK en las que éste defendía respecto del fenómeno terrorista las “tesis oficiales” de BATASUNA, y, por tanto, de ETA (la “lucha armada” como expresión del “conflicto político”, política de acoso y derribo de los Estados español y francés contra lo vasco y los valores democráticos, etc).

En consecuencia, sin necesidad de realizar extensos razonamientos a este respecto cabe concluir afirmando que estos hechos, acreditados en virtud de acta notarial, son objetivamente idóneos para integrar la causa de ilegalización a que se refiere el artículo 9.3.d) de la vigente Ley de Partidos, en la medida en que, desde la página oficial de un partido político, contribuyen decisivamente a difundir un claro mensaje de violencia y de apoyo tácito a quienes ponen en práctica métodos violentos para la consecución de objetivos políticos.

B. PRESENTACIÓN PÚBLICA DE LOS PRESOS DE ETA COMO PRESOS POLÍTICOS. REF. HECHOS 4 y 8.

La participación del alcalde y un concejal de BATASUNA del Ayuntamiento de Lezo en una manifestación en apoyo de los “refugiados políticos” vascos, portando una pancarta en la que reclamaban amnistía para ellos y la intervención destacada del mencionado alcalde en la expedición que viajó a Venezuela para exponer a las autoridades de aquel país la situación de estos “refugiados políticos” revela de manera inequívoca la vinculación que los partidos políticos demandados y sus dirigentes realizan habitualmente, en los mensajes que lanzan a la opinión pública, entre personas directamente relacionadas con la violencia y condenadas por la comisión de graves delitos y su consideración como “presos políticos”.

Idéntica reflexión cabe hacer respecto de la intervención del alcalde de Ondarroa y un concejal del mismo Ayuntamiento, también pertenecientes a BATASUNA, en la rueda de prensa celebrada en favor del preso condenado por terrorismo en Francia D. Kepa Badiola.

Por ello, y teniendo en cuenta, además, que estas graves acciones no son sucesos aislados y desconectados entre sí, sino que forman parte de toda una estrategia de comunicación y difusión de los postulados de ETA y los partidos políticos demandados, previamente diseñada al efecto por la organización terrorista para el logro de sus objetivos, puede afirmarse su idoneidad para integrar la causa de ilegalización a que se refiere el artículo 9.3.d) de la vigente Ley de Partidos Políticos.

C. EXHIBICIÓN PÚBLICA DE PANCARTAS DE APOYO A LA ACTIVIDAD TERRORISTA O A QUIENES LA PRACTICAN EN AYUNTAMIENTOS GOBERNADOS POR BATASUNA. Ref. HECHO 12.

Como ha quedado expuesto en el correspondiente apartado de hechos probados, los días 12 y 14 de agosto de 2002, en las fachadas de dependencias municipales de los Ayuntamientos de Oiartzun, Hernani, Ondarroa, Lequeitio y en el Gaztetxe de Elorrio

figuraban colgadas pancartas y carteles conteniendo frases alusivas al traslado de los “presos vascos a Euskal Herria”, así como fotografías de personas condenadas por actividades terroristas.

Esta exhibición pública de carteles y fotografías debe situarse en el contexto de la estrategia de difusión de las tesis de ETA y los partidos políticos demandados, previamente diseñada al efecto para el logro de los objetivos pretendidos por la banda terrorista, que pasan por transmitir masivamente a la opinión pública el mensaje de que los presos condenados por su relación con la actividad terrorista, y, más concretamente, por su relación con ETA, son presos políticos o de conciencia que defienden unos ideales legítimos de independencia del pueblo vasco y por ello son objeto de represión por parte del Estado. En este sentido es más que significativa la “coincidencia” temporal y de contenidos de las pancartas, carteles y fotografías objeto de exhibición en los Ayuntamientos –gobernados ahora por BATASUNA como sucesora operativa- antes citados, por lo que cabe inferir fundadamente que los hechos ahora analizados deben ser tomados en consideración a los efectos previstos en el artículo 9.3.d) de la vigente Ley de Partidos.

D. PINTADAS, PANCARTAS Y CARTELES INCITANDO A LA LUCHA CONTRA EL ESTADO, CONTRA LAS PERSONAS QUE ENCARNAN SUS DISTINTOS PODERES, O CONTRA OTROS PARTIDOS POLÍTICOS O SUS MIEMBROS. Ref. HECHO 19.

Los hechos que a este respecto han sido probados representan, sin duda alguna, una muestra de la estrategia previamente diseñada con carácter general por los partidos políticos demandados para la difusión de sus tesis coincidentes con las de ETA, plasmada en este caso en la proyección de mensajes de implícita violencia contra el Estado Español y contra quienes encarnan sus principales poderes, a los que la organización BATASUNA intenta identificar con símbolos asociados universalmente a la violencia, como el fascismo y el nazismo.

Esta actitud de los gobernantes, en la actualidad de BATASUNA en los Ayuntamientos mencionados, aparentemente pasiva ante la existencia de esos carteles, pintadas o pancartas, pero realmente tolerante con ellos, no es sin embargo fruto de una decisión casual y objetivamente inocua adoptada por todos ellos de manera simultánea en el tiempo, sino, como antes decíamos, concreción de una de las líneas de actuación de la citada organización diseñadas para la consecución de sus objetivos, que adquiere todo su significado y gravedad cuando se considera y examina no aisladamente, sino en relación con la totalidad de las acciones de los partidos demandados, pues es entonces cuando se percibe con claridad la coincidencia de objetivos de ETA y estos y la idoneidad para alcanzarlos de acciones que en principio, podrían aparecer como escasamente relevantes.

En consecuencia, también estos hechos deben ser tomados en consideración a los efectos previstos en el artículo 9.3.d) de la Ley de Partidos.

E. UTILIZACIÓN DEL ANAGRAMA DE GESTORAS PROAMNISTÍA EN AYUNTAMIENTOS GOBERNADOS POR BATASUNA, EN LA PÁGINA WEB DE ESTA ORGANIZACIÓN Y EN ACTOS PUBLICOS EN LOS QUE INTERVIENEN DIRIGENTES DE BATASUNA. Ref. HECHO 10.

La inclusión por la organización o complejo BATASUNA de los símbolos con los que Gestoras Proamnístia había llegado a identificar su actividad hasta su ilegalización, en treinta y nueve Ayuntamientos gobernados por aquélla, en la página web de aquel partido político y en los actos públicos en que intervienen sus dirigentes (baste recordar aquí la detención del alcalde y un concejal del Ayuntamiento de Lezo el día 13 de julio de 2002 por portar una pancarta con ese anagrama) revela claramente la estrategia de los partidos demandados de difundir masivamente en el País Vasco el

mensaje que identifica a “presos vascos” con presos de ETA, así como la coincidencia de objetivos entre la actual BATASUNA y Gestoras Proamnistía, organización incluida en la Lista Europea de Organizaciones Terroristas (aprobada por la Posición Común del Consejo de la Unión Europea 2001/931/PESC -Diario Oficial Serie L, 344, de 28 de diciembre de 2001- sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y actualizada por otra de 2 de mayo de 2002 (2002/340/PESC), en razón a su condición de organización satélite de la banda terrorista ETA), cuyas actividades fueron declaradas ilegales por auto de 19 de diciembre de 2001 del Juzgado Central número 5 de la Audiencia Nacional.

En consecuencia, ninguna duda ofrece a este Tribunal que estamos ante la utilización generalizada y premeditada por los demandados y actualmente por BATASUNA de símbolos que pueden asociarse sin dificultad con el uso de la violencia terrorista y con quienes la ejercen, y ello con absoluta independencia del origen del mencionado anagrama de Gestoras Proamnistía y de que se utilice, además, por otras personas y organizaciones que de buena fe, por razones familiares o de otra índole, puedan pretenden el acercamiento de los presos, miembros de ETA, a cárceles del País Vasco, ignorando que con sus manifestaciones públicas en tal sentido están colaborando inconscientemente con la estrategia predefinida por la banda terrorista ETA.

4. ARTICULO 9.2.c) EN RELACIÓN CON EL 9.3.f): COLABORAR HABITUALMENTE CON ENTIDADES O GRUPOS QUE ACTÚAN DE FORMA SISTEMÁTICA DE ACUERDO CON UNA ORGANIZACIÓN TERRORISTA O VIOLENTA, O QUE AMPARAN O APOYAN AL TERRORISMO O A LOS TERRORISTAS. Ref. HECHOS 10, 12 y 19.

En este apartado del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos cabe incluir, de acuerdo con lo hasta ahora expuesto, la actividad de los partidos demandados y, en particular, de BATASUNA, de colaboración habitual con la organización Gestoras Proamnistía, manifestada, según hemos visto, en la colocación masiva de pancartas y carteles en las fachadas de las dependencias municipales de los Ayuntamientos del País Vasco gobernados por la organización BATASUNA, en la utilización de los símbolos identificativos de aquella organización, oficialmente calificada como terrorista, en las páginas web de los partidos políticos demandados, en la utilización del anagrama de la citada organización en los actos públicos en que participan los representantes de la BATASUNA actual y en la continuación por este partido político de la realización de actividades y campañas que anteriormente llevaba a cabo Gestoras (relativos, principalmente, a la identificación de presos vascos con presos de ETA y a la presentación pública de éstos como represaliados políticos), en clara coincidencia con los objetivos de la banda terrorista ETA, que de esta manera, son llevados a la práctica.

5. ARTICULO 9.2.c) EN RELACIÓN CON EL 9.3.h): PROMOVER, DAR COBERTURA O PARTICIPAR EN ACTIVIDADES QUE TENGAN POR OBJETO RECOMPENSAR, HOMENAJEAR O DISTINGUIR LAS ACCIONES TERRORISTAS O VIOLENTAS O A QUIENES LAS COMETEN O COLABORAN CON LAS MISMAS.

A. PARTICIPACION DEL ALCALDE Y UN CONCEJAL DE BATASUNA EN EL AYUNTAMIENTO DE LEZO EN UNA MANIFESTACIÓN DE APOYO A MIEMBROS DE ETA RESIDENTES EN VENEZUELA (13 DE JULIO DE 2002). Ref. HECHO N° 4.

Los hechos probados correspondientes a este apartado revelan una de las formas en que los dirigentes de los partidos políticos demandados favorecen la actividad terrorista.

En este caso, sus representantes en el Consistorio Municipal de Lezo participaron en una manifestación de apoyo a los miembros de ETA deportados en Venezuela -y, más concretamente, a uno de ellos, Lorenzo Aiestarán, también de Lezo-, a quienes también había prestado su colaboración el referido alcalde la semana anterior, cuando viajó a Venezuela para intentar evitar su extradición a España.

Esta acción pone de manifiesto un inequívoco apoyo de dirigentes de dichos partidos a miembros de la banda terrorista ETA, a quienes distinguen de este modo en su tratamiento y consideración públicas respecto del resto de personas que hayan sido condenadas por la Justicia por la comisión de delitos de gravedad inferior contra las personas y contra el Estado, convirtiendo así los actos públicos en que participan los representantes de aquellos partidos en actos de homenaje y respaldo a quienes practican la actividad terrorista, lo que constituye motivo de gravedad suficiente para ser tenido en cuenta a los efectos previstos en el artículo 9.3.h de la L.O. 6/2002, de 27 de junio.

B. RUEDA DE PRENSA OFRECIDA POR EL ALCALDE Y EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL AYUNTAMIENTO DE ONDARROA, LOREN ARKOTXA Y AITOR ARTETXE, EN RELACIÓN CON LA POSIBLE ENTREGA A ESPAÑA DE KEPA BADIOLA, MIEMBRO DE ETA CONDENADO EN FRANCIA (2 DE AGOSTO DE 2002). Ref. HECHO N° 8.

La participación del alcalde y un concejal de Ondarroa en esta rueda de prensa, el objeto de la misma y las manifestaciones en ella realizadas por aquel, conceptuando al miembro de ETA, preso en Francia, D. Kepa Badiola, como represaliado político, configuran una actuación de dos dirigentes de la BATASUNA actual representativa de otra de las formas de apoyo habitual de los partidos políticos demandados a la actividad de la banda terrorista ETA, consistente en realizar manifestaciones o declaraciones públicas a favor de las tesis de ésta, convocando previamente a los medios de comunicación, para asegurarse la máxima difusión del mensaje que pretenden hacer llegar a la opinión pública.

En esta ocasión, mediante una rueda de prensa convocada al efecto, se distinguió a un miembro de la banda terrorista, condenado por la Justicia francesa por tal motivo, al que se le prestó apoyo político explícito con la presencia e intervención activa en el acto de los mencionados representantes municipales de la organización BATASUNA en el Ayuntamiento de Ondarroa, razón por la cual esta conducta debe ser tenida en cuenta a los efectos previstos en el artículo 9.3.h) de la Ley de Partidos.

C. ACTOS DE HOMENAJE A TERRORISTAS REALIZADOS DESDE AYUNTAMIENTOS GOBERNADOS POR LOS PARTIDOS DEMANDADOS Y EN ACTOS PUBLICOS EN LOS QUE ESTOS INTERVIENEN.

Los hechos a que se refiere este apartado constituyen, sin duda alguna, el paradigma del reconocimiento que los partidos demandados y, particularmente, BATASUNA profesan hacia quienes ejercen la actividad terrorista.

En este sentido, se incluyen aquí actos que indican un compromiso permanente de aquellos partidos con la causa que representan los activistas de ETA, a quienes se rinde homenaje oficial desde las instituciones públicas gobernadas por aquellos mediante el nombramiento como “hijos predilectos” de los respectivos Ayuntamientos.

En este apartado del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos cabe pues, sin duda alguna, subsumir aquellos hechos que quedaron descritos en el correspondiente fundamento jurídico y acreditados en virtud de la prueba documental aportada por el Abogado del Estado, que se referían a la

declaración del supuesto miembro de ETA, D. Hodei Galárraga, fallecido al explotarle el artefacto con el que, presumiblemente, pensaba cometer un atentado, como “hijo predilecto” de la localidad, acordada por el Ayuntamiento de Zaldivia, que además aprobó sufragar todos los gastos correspondientes a su entierro y funeral.

Esta declaración y las medidas económicas que la acompañaron evidencian, una vez más, la íntima relación existente entre la trama terrorista y el entorno político que le sirve de cobertura, el cual no duda en prestar a aquella incluso los medios públicos de que pueda eventualmente disponer por ostentar el gobierno en un Ayuntamiento.

Por la misma razón, debe incluirse en este apartado la propuesta de los concejales de la actual BATASUNA en el Ayuntamiento de Legazpia de nombrar “hijo predilecto” de la localidad al preso de ETA D. Félix Ramón Gil Ostoa.

Estas conductas, reiteradas por los partidos demandados y quienes les dirigen, son, por su gravedad intrínseca, idóneas para integrar la causa de ilegalización a que se refieren los artículos 9.2 y 9.3.h de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos

Las conductas que hasta aquí han sido objeto de examen tanto aisladas y en su conjunto tienen entidad suficiente para ser incardinadas en el art. 9 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos en la medida en que como ha quedado demostrado, los partidos políticos demandados no desarrollan una actividad respetuosa con el pluralismo ni se conducen de forma democrática (art. 9.1 de la Ley) y asimismo su actividad, desde sus inicios y de forma concreta a partir de la entrada en vigor de la Ley, ha venido sistemáticamente persiguiendo el deterioro o destrucción del régimen de libertades que nuestra Constitución establece, tratando de eliminar el ejercicio de las libertades públicas que todo sistema democrático conlleva (art. 9.2 de la Ley), vulnerando las libertades públicas y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, promoviendo, justificando o exculpando, en unos casos, los atentados contra la vida y en otros, propiciando la exclusión de aquellos que no participando de su ideología ejercen sus derechos y libertades públicas de forma pacífica (art. 9.2.a) de la Ley), legitimando y propiciando el uso de la violencia como método para la consecución de sus objetivos políticos y tratando de hacer desaparecer, condicionar, o mediatizar las condiciones constitucionalmente marcadas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas (art. 9.2.b) de la Ley), con conductas de complemento y apoyo político del terrorismo o sus manifestaciones, tratando de someter a los grupos sociales que no participan de su ideario y a la sociedad civil a un clima de terror y contribuyendo a multiplicar los efectos de la violencia generada por quien es el “único sujeto real” que realiza los designios operativos de los partidos políticos demandados –ETA– (art. 9.2.c) de la Ley), mediante las conductas reiteradas y graves que especificadas en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, han quedado probadas y que son susceptibles de incardinación o subsunción en los apartados o letras que el último precepto contempla, como así ha quedado cumplidamente justificado, siendo consecuencia ineludible de todo ello, la declaración de ilegalidad que efectuaremos y la subsiguiente disolución de los partidos políticos demandados.

QUINTO: REPROCHES DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE BATASUNA PLANTEA EN SU ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

El representante legal del partido político BATASUNA cuestiona la constitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, tanto en su conjunto como de manera particular varios de sus preceptos, solicitando de este Tribunal, al amparo del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Y ello por entender que la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, norma de cuya validez depende la decisión que debe recaer en el

presente procedimiento, resultaría contraria a varios preceptos de nuestra Constitución.

Antes de otra consideración conviene dejar sentado que peticiones como la presente no obligan al órgano judicial a plantear la cuestión solicitada, de modo que la decisión de promoverla corresponde en exclusiva al Tribunal, lo que además sólo hará cuando tenga dudas reales acerca de la contradicción entre la Ley que ha de aplicar y la Constitución. El hecho de que la cuestión pueda plantearse “de oficio o a instancia del interesado”, según dispone el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no supone reconocer a las partes en el proceso un papel relevante en la decisión de su planteamiento. Como ha señalado una reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el artículo 163 de la Constitución española, sino únicamente la facultad de instarlo de los órganos judiciales, a cuyo único criterio la Constitución ha confiado el efectivo planteamiento de aquélla” (Sentencia 130/1994, de 9 de mayo). En definitiva, se trata de una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, que sólo debe ejercitar cuando aprecie dudas efectivas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que debe resolver, y además sólo cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional, como recuerda el artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por otra parte, al tiempo de abordar esta labor de enjuiciamiento reservada al presente Tribunal, cobra una especial relevancia la Sentencia dictada recientemente por el Pleno del Tribunal Constitucional (nº 48/2003, de 12 de marzo), en la que vino a desestimar el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco contra diversos preceptos de dicha Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos. Y ello por cuanto de conformidad con el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional existe un deber de todo órgano jurisdiccional de hacer efectivas y cumplir en sus propios términos las Sentencias dictadas en los recursos de inconstitucionalidad, como manifestación positiva del efecto de cosa juzgada, tomando además en consideración sus pronunciamientos y la interpretación realizada de todos aquellos preceptos legales llamados a ser aplicados en el procedimiento de que se trate. Además, aun cuando resulte formalmente posible, en una interpretación sensu contrario del artículo 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la norma que ya ha sido objeto de un recurso previo de inconstitucionalidad que concluyó con un pronunciamiento desestimatorio, lo cierto es que ello sólo cobra sentido si el Tribunal, después de analizar las razones tomadas en consideración por la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, y de confrontarlas con las concurrentes en el caso enjuiciado, aprecia la existencia de nuevos motivos, no analizados en aquélla, o, incluso, consecuencias concretas o posibles interpretaciones que pasaron inadvertidas en el enjuiciamiento de la ley; y siempre, claro está, que en tales casos albergue una duda real y efectiva sobre la constitucionalidad de alguno de los preceptos legales que esta llamado a aplicar.

Se trata, por tanto, de analizar si, a la vista de los elementos reseñados, las dudas de constitucionalidad invocadas por el demandado justifican, a juicio de este Tribunal, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto del total de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, o de alguno de sus preceptos.

Cabe anticipar, sin perjuicio de proceder a un análisis más detallado, que los pronunciamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo, dan respuesta a la práctica totalidad de las dudas de inconstitucionalidad planteadas por el demandado en el procedimiento que nos ocupa, al ser sus argumentos esencialmente coincidentes con los motivos que justificaron la interposición del recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno Vasco, por lo que

este Tribunal asume en su integridad los razonamientos contenidos en dicha Sentencia, con independencia de los que a continuación se exponen, y todo ello sin perjuicio de pronunciarse expresamente sobre todos aquellos motivos o argumentos concretos que no hayan sido abordados en la citada Sentencia.

El demandado expone, primero de forma extensa en su contestación a la demanda y posteriormente de forma mucho mas concisa y esquemática en su escrito de alegaciones finales, los motivos que deben llevar a este Tribunal a dudar de la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos y de algunos de sus preceptos. Y al hacerlo se advierte una cierta contradicción entre lo solicitado en ambos escritos. De modo que si analizamos el escrito de contestación a la demanda se aprecia que muchas de las razones que a su juicio justifican el planteamiento de las dudas de constitucionalidad de la Ley en su conjunto no aparecen recogidas, sin embargo, en el breve resumen que se contiene en su escrito de alegaciones finales, y, por el contrario, en éste último se solicita el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de preceptos no mencionados o sólo apuntados de forma genérica en el escrito de contestación; si bien, es cierto, en este último caso la alegada vulneración de derechos fundamentales está carente de toda motivación, habiéndose limitado dicha demandada a su enunciado, pero sin aportar razonamiento alguno que permita a este Tribunal conocer las razones que, a su juicio, justifican la contradicción entre ese precepto y los derechos fundamentales invocados. En estas circunstancias, y dado que el escrito de alegaciones finales, en este punto, pretende ser un mero resumen de lo ya argumentado en la contestación a la demanda, a cuya fundamentación jurídica se remite y tiene íntegramente por reproducida, y dado que, en definitiva, el verdadero hilo argumental de las razones que le hacen dudar de la constitucionalidad de la norma se contienen y desarrollan en aquel escrito de contestación a la demanda, resulta procedente centrarse en los motivos aducidos en éste, con el fin de determinar si el Tribunal alberga duda alguna de constitucionalidad, en los términos que le han sido planteados.

Por ello, para el adecuado análisis de los distintos motivos planteados, seguiremos el orden argumental fijado en la contestación a la demanda y sintetizaremos sus argumentos en los siguientes apartados:

1º LIMITES CONSTITUCIONALES A LA ACTIVIDAD EXTERIOR DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

Con carácter general el demandado cuestiona la posibilidad de que la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, pueda establecer límites al derecho de asociación que sean distintos de los contemplados en el artículo 22 de la Constitución, dado, indica, que el artículo 6 de esta misma Norma Suprema tan sólo contiene una habilitación constitucional que referida a la organización y funcionamiento interno de los partidos. Estima, por ello, que el único límite constitucionalmente admisible respecto de la actividad externa de los partidos políticos será la incursión en alguno de los tipos previstos en el Código Penal, que en consecuencia el control de la actividad de los partidos hacia el exterior sólo puede ser un control de legalidad penal, y llega a la conclusión de que no resulta constitucionalmente legítima la disolución de un partido político por motivos distintos a su ilicitud penal.

Este Tribunal no comparte sin embargo ni el razonamiento ni la conclusión a la que llega demandada, y, en consonancia con lo afirmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 48/2003, ratifica que el reconocimiento constitucional de los partidos políticos en el artículo 6 de la Constitución, como manifestación específica y cualificada del derecho de asociación, introduce límites y condiciones adicionales que aparecen referidos no sólo a la exigencia de posesión de estructura y funcionamiento democráticos, sino también al desenvolvimiento de su actividad "dentro del respeto a la Constitución y a la Ley", exigencia que se corresponde con la importante función

que en un régimen democrático le es atribuida. Y ello por cuanto, en palabras del Tribunal Constitucional, "la relevancia constitucional de los partidos les viene dada por pretender un fin cualificado de interés público y de cuya aspiración se sirve el Estado para proveer a la integración de los procedimientos de formación de la voluntad general. La libertad característica de las asociaciones, y de la que los partidos también disfrutan, no puede ser para éstos tan omnímoda que a su amparo se desvirtúen como instrumentos para la consecución de sus fines constitucionales (...)". A ello añade: "concluir que los partidos sólo están sometidos a los límites del artículo 22 de la Constitución española sería tanto como admitir que las previsiones del artículo 6 se agotan en el contenido de una norma no sancionada, lo que es tanto como decir, simplemente, en una proposición no normativa. Otra cosa será que la concreta disciplina legal de los partidos, en lo que se aparte del régimen normativo de las asociaciones comunes, establezca límites conformes con el propio art. 6 de la Constitución. Límites entre los que no sólo figura, como afirma el Gobierno Vasco, el de la obligación de tener una estructura y un funcionamiento democráticos, sino también, y como cuestión previa, el de respetar los cometidos que ese precepto enumera como definidores de la condición de partido político. Que el constituyente haya descartado encomendar la garantía del respeto del artículo 6 de la Constitución Española por parte de los partidos al Tribunal Constitucional (como ya recordamos en la STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 11) no significa, obviamente, que se haya descartado dicha garantía en sí; únicamente que su verificación ha de corresponder al Poder Judicial ordinario en tanto no se establezca otra cosa."

De los razonamientos expuestos deriva que sea perfectamente posible que la ley introduzca límites a su actividad que sean distintos de los contemplados en el Código Penal, con tal de que tales límites sean conformes con la naturaleza de los partidos políticos y permitan el normal desenvolvimiento de la actividad que la sociedad democrática les ha encomendado.

2º LA LEY ORGANICA 6/2002, DE PARTIDOS POLÍTICOS, NO ES UNA LEY SINGULAR O "AD CASUM", QUE TENGA COMO EXCLUSIVA FINALIDAD ILEGALIZAR AL PARTIDO POLÍTICO BATASUNA.

El partido demandado sostiene en otro momento que no estaríamos en presencia de una Ley en sentido material, pues la Ley Orgánica 6/2002 no sería una norma jurídica de carácter general que pretenda en efecto regular la creación de partidos y establecer un régimen general de funcionamiento de los mismos, sino una regulación singular o particular y, por tanto, de excepción, confeccionada de modo especial para BATASUNA.

Tampoco comparte sin embargo este Tribunal las dudas de constitucionalidad que dicha representación aduce respecto a que la única finalidad de la Ley sea disolver los partidos políticos ahora demandados.

El legislador ha pretendido dotar a nuestro Ordenamiento Jurídico de una Ley postconstitucional que establezca el régimen jurídico de los partidos políticos en una sociedad democrática, cubriendo de ese modo las importantes lagunas que a este respecto existían. Y al tiempo de establecer esta regulación lo ha hecho de forma general y con vocación de futuro, sin que los efectos o el alcance de la norma se agoten con la aplicación a un caso en concreto. El hecho de que la citada norma haya dedicado una atención especial a regular las conductas, y las consecuencias jurídicas que estas se anudan, de aquellos partidos que despliegan una actividad que puede considerarse contraria a los principios democráticos y a los derechos humanos y, de forma especial aunque no exclusiva, de aquellas actividades partidistas que prestan apoyo a la violencia y a las actividades terroristas, es fruto de una doble consideración que la propia Ley detalla en su Exposición de Motivos: por un lado, la existencia de una importante laguna en esta materia que se trata de cubrir; por otro, la experiencia

acumulada en estos últimos años en la lucha contra el terrorismo. Pero esto no hace que la norma incurra en vicio de inconstitucionalidad por participar de las características de una ley singular o "ad casum" sino que trata de responder a las necesidades sociales y jurídicas existentes. Las normas no surgen en el vacío sino que son fruto de la experiencia histórica y de las vivencias y problemas de un pueblo, y por ello nacen para dar respuesta a los problemas concretos y a las situaciones presentes y futuras que una sociedad demanda.

*

Nuestro Tribunal Constitucional tampoco alberga dudas a este respecto. Por ello ha señalado que "...la Ley impugnada no sólo es general formalmente por el modo en que se halla formulada; sino que también lo es materialmente, en tanto contempla, en abstracto, una serie de conductas cuya realización en forma "reiterada y grave" podría determinar la disolución de cualquier partido presente o futuro. La Ley Orgánica 6/2002 no es el resultado de un ejercicio excepcional de la potestad legislativa del Estado, como sostiene el Gobierno Vasco, sino que su generalidad y abstracción hacen de ella expresión de un ejercicio correcto y normal de la función normativa. En efecto, la Ley Orgánica 6/2002 es una Ley de Partidos Políticos, en la que se disciplina y regula con perfecta abstracción y generalidad cuanto afecta al régimen jurídico de estas singulares asociaciones, con la salvedad de las cuestiones relativas a su financiación y control contable, que la propia Ley Orgánica remite, en su art. 13, a lo previsto en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, y a la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento de dicho Tribunal. En este sentido, la Ley Orgánica recurrida constituye la primera regulación jurídica de ese régimen general dictada tras la entrada en vigor de la Constitución, y deroga la anterior Ley de Partidos (Ley 54/1978, de 4 de diciembre) y los preceptos vigentes de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de Asociación Política. Estas Leyes preconstitucionales fueron fruto de su tiempo, que fue el de la transición de un Estado no constitucional y de partido único a un Estado constitucional y democrático de Derecho basado en el valor del pluralismo, del que los partidos políticos son expresión significada. Se explica así la parquedad de aquellas regulaciones y, sobre todo, su especial atención al momento de la creación e inscripción registral de los partidos. También la Ley impugnada responde a las necesidades del tiempo en que se ha dictado, que no es ya el del establecimiento e incipiente consolidación de los partidos políticos, sino el de la garantía del régimen plural de partidos frente a los grupos y asociaciones que pretendan desvirtuarlo con la utilización de medios violentos y al margen de la legalidad.

La maduración constitucional, tras las primeras etapas del Estado instaurado con la Constitución, ha permitido que la nueva Ley de Partidos desarrolle en mayor detalle las cuestiones del régimen general de los partidos políticos referidas a su creación, organización, estructura y funcionamiento. Pero, como reconoce el Abogado del Estado, "no cabe negar, puesto que es notorio", que la configuración de buena parte del art. 9 "se ha hecho teniendo en cuenta la trayectoria y actividad de un notorio partido político vasco, que ha dado lugar al primer supuesto de aplicación del procedimiento del art. 11 LOPP, en trámite cuando estas líneas se escriben". Ello, sin embargo, no abona la calificación de la Ley como una ley de caso único. La percepción por el legislador orgánico de que una formación política determinada puede ser contraria, en su actividad y con sus comportamientos, al modelo de partido que tiene encaje y cobertura en la Constitución puede perfectamente erigirse en ocasión para la adopción de una ley como la recurrida, pero lo que determinará su constitucionalidad o inconstitucionalidad no será el acierto de esa percepción circunstancial, sino el alcance objetivo de la ley finalmente adoptada, cuya ratio no se limita a reflejar las inquietudes de la ocasión, sino que se acomoda a la racionalidad objetivada del ordenamiento constitucional.

El examen del art. 9 LOPP arroja una conclusión contraria a la defendida por el recurrente. Los comportamientos y actividades descritos en sus apartados 2 y 3 podrán, en su caso, por su generalidad y abstracción, proyectarse sobre cualquier

partido, cualesquiera que fueren sus fines, aspiraciones o ideologías. Y ello porque, según hemos dicho en fundamentos anteriores, el precepto no atiende a fines, sino a la actividad antidemocrática desplegada para alcanzar los que libremente se haya marcado un partido pero al margen de los procedimientos legalmente instaurados. Se contempla, pues, el caso del partido político que con su actividad demuestra no ser el instrumento de participación a que se refiere el art. 6 CE. Lo determinante no es el fin, sino, precisamente, la conducta contraria a las reglas del juego democrático. A la generalidad y abstracción de la Ley se corresponde la previsión de un procedimiento judicial en el que habrá de concretarse la efectiva concurrencia de las causas de disolución descritas en aquellos términos. No hay, pues, nada parecido a una asunción de funciones jurisdiccionales por parte del legislativo, pues la norma adoptada por este último exige una aplicación individualizada que la Ley misma confía al Poder Judicial ordinario. Los órganos judiciales no quedan convertidos en meros ejecutores de una decisión legislativamente acordada en todos sus extremos, sino que, en ejercicio de la función jurisdiccional que la Constitución les confía, sólo reciben del legislador los márgenes normativos en los que han de fundar una decisión que sólo a ellos cumple concretar a partir de lo acreditado en un proceso con todas las garantías".

3º LA LEY NO VULNERA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDOS EN EL ART. 9.3 C. E.

El demandado aduce, en tercer lugar, que las conductas descritas en el art. 9 apartados 2 y 3 de la Ley atentan contra los principios de legalidad y seguridad jurídica, que exigen concreción, precisión y taxatividad a la hora de fijar los supuestos que habiliten la ilegalización de un partido y sin embargo, a su juicio, las conductas descritas en estos preceptos, especialmente las contenidas en el apartado 3, incurren en una excesiva vaguedad que lo convierten en un "cajón de sastre" dejando un amplio margen de arbitrariedad a la Sala del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que unido a la extrema subjetividad en su posible apreciación conlleva una extrema inseguridad jurídica.

También en este punto hemos de rechazar las dudas de constitucionalidad planteadas por el demandado. Y ello, en primer lugar, porque, tal y como señala el Tribunal Constitucional, aun cuando "ciertamente los supuestos comprendidos en el art. 9 no tienen el grado de concreción que resultaría de haberlos delimitado con términos puramente descriptivos" en esta materia "nos encontramos ante una constante en lo que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista" (STC 136/1999, de 20 de julio). Es por ello que el Tribunal Constitucional, al tiempo de analizar una alegación similar realizada por el Gobierno Vasco en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, concluya que "la tutela frente al terrorismo comporta un coste en la determinación de la conducta; pero, atendiendo a las consideraciones expuestas, ese coste no nos aboca a una situación en la que resulte imprevisible para los partidos calcular las consecuencias jurídicas de su conducta".

Tampoco debe olvidarse, en segundo termino, que las conductas descritas en el numero 3 del artículo 9 hay que ponerlas en relación con el numero segundo de ese mismo precepto, de forma que la posible interpretación y aplicación de las actividades descritas en el apartado tercero son una especificación de los comportamientos básicos y muy graves que, a modo de descripción general de conductas que vulneran los principios democráticos, se contienen en el apartado segundo. De ahí que ante las eventuales dudas que pudiesen surgir al analizar tales supuestos debe tenerse siempre presente que se están contemplando tales actividades en cuanto reveladoras de una conducta que "vulneran sistemáticamente las libertades y derechos

fundamentales...", "fomentan o propician la violencia...." o "complementan y apoyan políticamente la acción de las organizaciones terroristas...", en los términos que se detallan en estos preceptos. Conjunción que diluye el apuntado riesgo de convertir tales preceptos en un "cajón de sastre" que permita un amplio margen de arbitrariedad al Tribunal, al estar este último también vinculado con esta interpretación sistemática y con el espíritu y finalidad que persigue esta norma.

Ambas consideraciones sirven a este tribunal para rechazar las dudas de constitucionalidad planteadas por el demandado pues, con los límites ya apuntados, los partidos políticos pueden alcanzar un grado suficientemente fiable de previsibilidad y los jueces llamados a aplicarlas de conocimiento que les permitan disipar el reproche de inseguridad jurídica alegado.

4º LA LEY NO VULNERA EL PRINCIPIO "NON BIS IDEM".

El demandado considera que los artículos 9.2 y 3 de la LOPP vulneran el principio "non bis in idem". A tal efecto, razona que existe una identidad entre los hechos definidos en estos apartados y los tipos descritos en distintos preceptos del Código Penal, coincidiendo también en el bien jurídico protegido en ambos supuestos y en la respuesta punitiva prevista - la disolución del partido -. Así mismo, argumenta sobre la existencia de una clara coincidencia de dos procedimientos sancionadores para unos mismos hechos, sin que establezca una regla de subordinación entre ordenes jurisdiccionales, sino que, al contrario, se prevé que ambos continúen hasta su finalización produciendo cada uno de ellos los correspondientes efectos (art. 10.6 LOPP). De ahí extrae como conclusión que existe una clara vulneración del principio "non bis in idem" al no respetarse las dimensiones material y procesal de este principio. En síntesis, la demandada entiende que la Ley Orgánica 6/2002 vulnera el principio "non bis in idem" pues se establecen dos procedimientos sancionadores para unos mismo hechos y no se determina al mismo tiempo una regla de subordinación entre los órdenes jurisdiccionales.

Este Tribunal no comparte los argumentos ni la conclusión que le llevan al demandado a cuestionar la constitucionalidad de los citados preceptos de la LOPP, a la luz de la vulneración del principio "non bis in idem". Y ello con independencia que se aprecie una cierta contradicción en el hecho de cuestionar la constitucionalidad de estos mismos preceptos por entender que recogen conductas que no constituyen ilícitos penales para a continuación argumentar que la vulneración constitucional se produce precisamente por el hecho de que exista una identidad entre los hechos definidos en estos apartados y los tipos descritos en distintos preceptos del Código Penal.

Con carácter general, cabe señalar que el principio "non bis idem" parte de la existencia de una triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. Y ello tanto en su faceta sustantiva como en la procesal, pues la garantía consiste en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, el mismo sujeto, por los mismos hechos y con el mismo fundamento.

La impugnación, ya desestimada por el Tribunal Constitucional, carece de fundamento, pues, suponiendo que se tratara de los mismos hechos, las consecuencias jurídicas previstas en el Código Penal y en la Ley Orgánica 6/2002 no pueden nunca recaer sobre el mismo sujeto jurídico. En efecto, las sanciones penales y las medidas previstas en la Ley Orgánica 6/2002 recaen sobre distintas personas. Las penas sólo recaen y sólo pueden recaer en personas físicas. Las previstas en la Ley Orgánica 6/2002 se deben aplicar sólo a personas jurídicas y con independencia de si se imponen sanciones penales a algún sujeto individual. Consecuentemente, no existe ninguna infracción del principio "non bis in idem", dado que en ningún caso las diferentes consecuencias jurídicas pueden recaer sobre el mismo sujeto.

Sentadas estas bases, fácilmente se desprende que la posibilidad de incurrir en una posible vulneración de este principio con incidencia constitucional esta condicionada, como premisa previa, a la existencia de la triple identidad a la que nos hemos referido (sujeto, objeto y fundamento) y al ejercicio de la potestad punitiva del Estado en dos momentos diferentes. Pues bien, en el caso que nos ocupa, como acertadamente ha señalado la STC nº 48/2003, faltan ambas premisas.

5º LA LEY NO VULNERA EL DERECHO DE ASOCIACION (art. 22.2 C.E.).

Esta infracción del derecho fundamental invocado se produce, al parecer del demandado, en cuanto que el art. 9.3 de la LOPP declara ilícitas actividades partidistas que no constituyen ilícitos penales. Y ello por cuanto, nuestra Constitución no permite en el art. 6 un control de los partidos políticos similar a la democracia militante del art. 21.2 de la Ley Fundamental de Bonn y en esa medida no existen otros límites a la actividad de los partidos que los derivados de la Ley penal. Partiendo de esta premisa, y dado que en la LOPP existen supuestos de ilegalidad de un partido político que no son conductas tipificadas como delito, considera que existe una clara vulneración del art. 22.2 CE.

Esta inicial afirmación la completa con la enumeración de algunos supuestos que estando recogidos entre las conductas susceptibles de generar la ilegalización según el art. 9.3 de la LOPP no son, sin embargo, delictivas, para posteriormente afirmar que estas conductas también violan otros derechos fundamentales.

Este Tribunal, en consonancia con el criterio sustentado por el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 48/2003, ya ha tenido la oportunidad de razonar en anteriores apartados sobre la constitucionalidad de la LOPP, y en especial de su art. 9, en cuanto introduce límites referidos actividad externa de los partidos distintos de los contemplados en el Código Penal llegando a la conclusión de que la regulación contenida en el art. 9 es conforme con los artículos 6 y 22 de nuestra Constitución, razonamientos que damos aquí por reproducidos. Es por ello que procede centrarse en los reproches que el demandado dirige a determinados apartados del art. 9. 3 en relación con otros derechos fundamentales.

A tal efecto, menciona las siguientes:

a) El artículo 9.3.c) de la LOPP, al tipificar como conducta que puede llevar a la ilegalización de un partido la mera inclusión en sus órganos directos o en las listas electorales de un partido político a personas condenadas por delitos de terrorismo infringe, a su juicio, el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 C.E), el de reinserción social y el principio de proporcionalidad (art. 25 C.E).

En este sentido, el demandado razona que esta extensión de los efectos en el tiempo, más allá de la pena e incluso de la cancelación de los antecedentes penales, equivalente a una pena accesoria sin límite de duración que plantea un problema de constitucionalidad. Además, al exigirse el rechazo público no solo de los medios terroristas sino de los fines se conculca la libertad ideológica (art. 16.2 CE) y el propio art. 25.2 C.E en cuanto no busca la reinserción social del delincuente. Considera, asimismo, que esta medida es desproporcionada máxime si se compara con las consecuencias que se derivan del art. 4.6 de la Ley Orgánica del derecho de asociación.

Alegaciones estas que, referidas a este mismo precepto, han sido objeto de una especial consideración en la STC 48/2003, en la que se descarta que el mismo pueda ser considerado contrario al principio de proporcionalidad y a los derechos de libertad de expresión, libertad ideológica y de asociación.

La citada sentencia comienza por señalar que cuando el art. 9.3 c) se refiere a la acción de “incluir regularmente” en los órganos directivos y listas electorales a personas condenadas por delitos de terrorismo, esta exige una conducta dilatada en el tiempo que reviste una singular gravedad, concediendo relevancia de cara a su posible disolución a las que evidencien una decidida incompatibilidad con los medios pacíficos y legales inherentes a los procesos de participación política para los que la Constitución demanda el concurso cualificado de los partidos políticos, lo cual no solo es conforme con la Constitución sino también con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de disolución de partidos políticos.

Pero especialmente razona, en relación con los derechos fundamentales ahora invocados, que la referencia a las personas condenadas por delitos de terrorismo “ha de entenderse que alcanza sólo a aquellos condenados que no hayan obtenido su rehabilitación; y (que) la alusión a los fines terroristas ha de entenderse ceñida sólo a los fines inmediatos de perturbar la paz, generalizar el miedo, etc. y no a la ideología del partido”.

Para afirmar, a continuación, que “...el precepto no perpetúa, pues, los efectos de las sanciones penales ni establece una causa de inelegibilidad no prevista en la Ley Electoral, con infracción del art. 70.1 CE. La Ley impugnada no priva del derecho de sufragio pasivo a quien haya sido condenado por delito de terrorismo. Simplemente permite que la circunstancia de que un partido incluya regularmente en sus listas electorales a personas condenadas por ese concepto (y cuya elegibilidad dependerá de lo dispuesto en la legislación electoral) pueda ser valorada, en el correspondiente proceso, como acreditativa de que con su actividad el partido “[vulnera] los principios democráticos” (art. 9.2 LOPP). La utilización de penados por terrorismo incluyéndolos de manera regular en puestos directivos y en listas electorales, puede suponer la expresión de solidaridad con los métodos del terror que no se coherente con las exigencias que la CE impone a un partido político. Por su parte, la previsión de que esa circunstancia sólo puede valorarse si los penados no han “rechazado públicamente los fines y los medios terroristas” no puede interpretarse como la obligación de realizar una retractación de sus actividades pasadas. El precepto sólo tiene proyección hacia el futuro y en relación con el partido político en el que los penados se integren como directivos o candidatos, convirtiendo en causa de disolución el empleo de forma regular de personas de las que quepa presumir, fundadamente, una afinidad con los métodos del terror, no con las ideas y programas que, eventualmente, puedan también perseguir organizaciones terroristas. Se juzga, debe insistirse en ello, a partir de una trayectoria de conjunto dilatada en el tiempo y materializada, mediante la reiteración de esta concreta conducta, en la convicción, alcanzada en un proceso judicial, de que el partido que así actúa vulnera la legalidad en términos incompatibles con la continuidad de su reconocimiento como partido.

Lo mismo ha de decirse en relación con la doble militancia, que ha de afectar a “un amplio número de sus afiliados”. Obviamente, el partido debe conocer esa circunstancia. Pero, de conocerla, y con el objeto de disipar toda sospecha de connivencia con los métodos terroristas, fácilmente deducible del hecho de que un número significativo de sus afiliados estén integrados en organizaciones terroristas, se le exige que demuestre una clara voluntad de distanciamiento mediante la adopción de medidas tendentes a la expulsión de esos afiliados. Ello no supone, contra lo que sostiene el Gobierno Vasco, injerencia en el ámbito de organización interna del partido, sino acudir al único expediente capaz de acreditar, desde el partido, que éste no permite que sus miembros militen en grupos violentos”.

La conclusión obtenida por el Tribunal Constitucional, y que este Tribunal comparte, no podría ser otra que considerar que el precepto enjuiciado, interpretado en los términos expuestos, no vulnera ninguna de los derechos y las libertades invocados, y que la medida de disolución que pudiera acarrear no resulta desproporcionada.

b) El artículo 9.3 a) de la LOPP en cuanto tipifica el apoyo político tácito al terrorismo como motivo de ilegalización de un partido.

A su juicio, ello implica una restricción ilegítima de la libertad ideológica sin que se pueda extraer consecuencia jurídica alguna del silencio.

Para analizar esta cuestión es preciso volver a recordar que el art. 9 de la LOPP describe conductas y no hace referencia a programas o ideologías, sino a actividades que, en cuanto conectadas con las descritas en el apartado segundo del cual constituyen una especificación, dan lugar a comportamientos muy graves que vulneran los principios democráticos. Y ello sin olvidar, como razona la STC 48/2003, que "la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulneración de la libertad de expresión", a lo que cabe añadir que tampoco del derecho a la libertad ideológica, por idénticos motivos.

En este punto, no sería ocioso recordar que el TEDH ha tomado en consideración como un indicio relevante para valorar la ilegalización de un partido los mensajes ambiguos de los dirigentes de un partido en relación con la violencia terrorista (sentencia Zana contra Turquía de 25 de noviembre de 1977) o el hecho de que la cúpula de un partido no se desmarcase de los mensajes violentos y contrarios a la democracia realizados con otros miembros del partido que la apoyaron (sentencia Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía de 31 de julio de 2001, posteriormente confirmada por la sentencia de la Gran Sala de 13 de febrero de 2003).

c) El art. 9.3 f) de la LOPP en el que se tipifica "colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas".

El demandado reprocha a este precepto su carácter genérico e imprevisible, vulnerando así el principio de taxatividad que el art. 25.1 CE impone para la descripción de los tipos sancionadores.

Esta alegación ya ha sido examinada con carácter general en anteriores apartados y, por otra parte, coincide con la formulada por el Gobierno Vasco en el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley Orgánica de Partidos Políticos, siendo expresamente rechazada en la citada sentencia.

Ya hemos dicho, y ahora reafirmamos, que la tutela frente al terrorismo comporta un coste de cierta generalidad en la determinación de la conducta, pero ese coste, en una interpretación sistemática de las conductas descritas en el apartado tercero del art. 9 en relación con las contempladas en el apartado segundo, no aboca a una situación en la que resulte imprevisible para los partidos calcular las consecuencias jurídicas de su conducta.

Pero específicamente en lo que respecta a este inciso el Tribunal Constitucional ha señalado que "la colaboración habitual con grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o apoyan el terrorismo, debe ser entendida como directamente referida a la específica colaboración con el terrorismo a la que se refiere el art. 9.3 f). De modo que lo que se describe como presupuesto de la ilegalización no es ninguna clase de ayuda genérica sino aquella específica dirigida a apoyar en concreto la colaboración con el terrorismo. Se trata, pues, de una especie de "complicidad en la complicidad" que no cabe duda de que puede incluirse en el marco del art. 9.2".

d) Se cuestiona el art. 9.3 g) de la LOPP en el que se tipifica el "apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de otro orden a las entidades antes mencionadas".

El demandado considera que existe una disociación entre el partido político y el grupo parlamentario o los grupos políticos municipales, sin que quepa identificarles y sin que pueda imputarse a un partido las resoluciones de sus grupos parlamentarios.

Con carácter general ya la STC 48/2003 ha interpretado que "El apoyo desde las instituciones a que se refiere el apartado g) es el apoyo específicamente dirigido a asociaciones que, directa o indirectamente, amparan el terrorismo o la violencia y, justamente, con el objetivo de reforzar esa actividad ilegítima. Sólo entendida así, la conducta descrita en el apartado g) puede inscribirse en el marco establecido por el art. 9.2".

En esta misma línea argumental cabe destacar que la jurisprudencia del TEDH ha destacado que las declaraciones y actos de los dirigentes de un partido y de sus representantes en las instituciones públicas pueden imputarse al partido al que pertenecen, pues son percibidas por las instituciones políticas y por la opinión pública como actos que reflejan la posición de su partido y no como sus opiniones o conductas personales, a no ser que se declare lo contrario (STEDH Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía de 13 de febrero de 2003).

6º EL ART. 9.3 DE LA LEY ORGÁNICA NO VULNERA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

En este punto, el demandado razona que el principio de proporcionalidad impide que se impongan restricciones mas allá de lo estrictamente necesario y, que, a su juicio, los art. 9. 2 y 9.3 junto a conductas que constituyen ilícitos penales añaden otras que no lo son, y que por su imprecisión adolecen de una falta de entidad del desvalor de conducta y de resultado jurídico suficientes para poder conllevar la privación de un derecho fundamental por lo que la disolución sustentada en aquellas es claramente desproporcionada en relación con los fines perseguidos. Por otra parte, aduce que en dichos apartados se comprenden conductas con una intensidad e importancia muy distinta y sin embargo la respuesta sancionadora siempre es única -la disolución- sin que existan medidas intermedias, ni criterios de graduación, con lo que se conculca la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 136/1999, 55/1996 y 161/1997) y el principio de proporcionalidad.

Por lo que respecta a la posibilidad de incluir entre los supuestos que pueden dar lugar a la ilegalización de un partido político conductas que no sean constitutivos de ilícitos penales y a la alegada imprecisión de que adolecen cabe remitirse a lo ya argumentado anteriormente.

Pero el demandado va más allá, apuntando la pretendida lesión del principio de proporcionalidad que implica el que determinadas conductas descritas en el artículo 9, como supuestos que pueden implicar su ilegalización, carecen de entidad para anudar una sanción tan grave como la disolución del partido y a su vez la falta de previsión de otras medidas disuasorias o preventivas distintas. También este aspecto ha sido objeto de un especial pronunciamiento desestimatorio en la STC nº 48/2003, de 12 de marzo al coincidir esta línea argumental con la sostenida por el Gobierno Vasco en el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la LOPP. Y a este respecto la citada sentencia razona que "A esa objeción cabe responder, en primer término, señalando, de una parte, que ninguna de las conductas descritas en el art. 9 determina aisladamente la disolución: para que ésta pueda tener lugar, es preciso que sean realizadas "de forma reiterada y grave" como precisa el encabezamiento del art. 9.2. En segundo lugar, que la existencia de un partido que con su actividad colabore o apoye la violencia terrorista, pone en peligro la subsistencia del orden pluralista

proclamado por la Constitución; y, frente a ese peligro, no parece que pueda aplicarse otra sanción reparadora del orden jurídico perturbado que la disolución. Por último, ha de destacarse que el art. 6 CE contiene una configuración constitucional de partido: en la Constitución, un partido, para merecer la condición de tal, ha de poder ser expresión del pluralismo político y, por lo tanto, no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca al pluralismo, poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que si bien el margen de apreciación de los Estados debe ser escaso en materia de disolución de partidos políticos, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos, que es inherente a la democracia, está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro [STEDH, de 31 de julio de 2001, Caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) contra Turquía].

Por lo demás, a la gravedad de la medida de disolución se hace corresponder, como destacan el Abogado del Estado y el Senado, una evidente exigencia de rigor en la entidad de las causas desencadenantes de su adopción. Así, como acabamos de señalar, no basta la realización de uno solo de los comportamientos descritos en la Ley. Se exige, por el contrario, que se realicen “de forma reiterada y grave” (art. 9.2) o por “repetición o acumulación” (art. 9.3). Y las conductas cuya reiteración o acumulación se exige abundan en la idea de gravedad y continuidad en el tiempo. El art. 9.2 a) habla de “vulnerar sistemáticamente”; ni siquiera, pues, de vulneraciones reiteradas, sino de infracciones desarrolladas por sistema. El art. 9.3 c) se refiere a la acción de “incluir regularmente” en los órganos directivos y listas electorales a personas condenadas por delitos de terrorismo, siendo también aquí clara la idea de comportamientos dilatados en el tiempo y en línea de continuidad. Se describen, en definitiva, conductas de singular gravedad y se concede relevancia, a efectos de erigirlas en causas de disolución, a las que evidencien una decidida incompatibilidad con los medios pacíficos y legales inherentes a los procesos de participación política para los que la Constitución demanda el concurso cualificado de los partidos políticos. Todo ello verificable y comprobable en un proceso judicial en el que quienes promuevan la disolución deberán probar suficientemente que el partido afectado realiza las conductas descritas en la Ley y que lo hace en términos que demuestran que no es acreedor a la condición de partido político. Se respetan, en definitiva, los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de disolución de partidos políticos (SSTEDH de 30 de enero de 1998, Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía; 25 de mayo de 1998, Partido Socialista contra Turquía; 8 de diciembre de 1999, Partido de la Libertad y la Democracia contra Turquía; 31 de julio de 2001 y 13 de febrero de 2003, partido de la Prosperidad contra Turquía; 9 de abril de 2002, Yazar y otros contra Turquía; 10 de diciembre de 2002, DEP contra Turquía)...

Razonamientos que este Tribunal hace suyos y que descartan las dudas de constitucionalidad suscitadas por el demandado.

7º EL ART. 9 DE LA LEY ORGÁNICA NO VULNERA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LIBERTAD DE EXPRESION DE PENSAMIENTOS IDEAS Y OPINIONES.

El demandado argumenta que dentro de las conductas de los artículos 9.2 y 9.3 existen una falta de concreción en numerosos términos, tales como “apoyar políticamente”, “exculpando y minimizando”, “programas y actuaciones que fomenten una cultura de enfrentamiento y confrontación civil”, que pueden ser utilizados para cercenar el ejercicio de la libertad de expresión.

Ya se ha tenido la oportunidad de razonar que la utilización de términos más amplios cuando se trata de describir conductas que sirvan para combatir la colaboración o el apoyo a los grupos terroristas se justifica por el intento de no dejar fuera ninguna

forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista y al mismo tiempo el riesgo de inseguridad jurídica se disipa por la interpretación conjunta y sistemática de los apartados 2 y 3 del citado precepto, a cuyos razonamientos nos remitimos expresamente para no incurrir en reiteraciones innecesarias. Y siendo así, no se aprecia motivo alguno para considerar que la libertad de expresión puede quedar conculcada, dado que en estos tipos se trata de describir conductas que, en cuanto vinculadas con el respeto a los principios democráticos, dejan fuera de su ámbito los programas o las ideologías de los partidos políticos para centrarse tan solo en las actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia. A esta misma conclusión llega el Tribunal Constitucional en la ya referida sentencia afirmando que "de la interpretación sistemática del art. 9, entendiendo los supuestos del apartado 3 como especificaciones del género de conductas descritas en el apartado 2, permite descartar que, al configurar aquéllos como supuestos a partir de los cuales puede llegarse a la disolución de un partido político, se hayan vulnerado las libertades ideológica, de participación, de expresión o información."

8º EL ART. 9 DE LA LOPP NO VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA (ART. 16.1 C.E.).

El demandado razona que las restricciones de la libertad de asociación no pueden tener por objeto la preservación del Estado y menos de un determinado modelo de Estado sino la preservación del propio sistema democrático. De modo que no es exigible, bajo sanción de ilegalización, que los partidos políticos respeten los valores constitucionales, pues ello constituye una seria quiebra de la libertad ideológica y del pluralismo político. Sin embargo, el art. 9.1 de la LOPP utiliza la expresión "respeto a los valores constitucionales" lo que, a su juicio, solo puede interpretarse como adhesión ideológica a la Constitución, de donde se extrae la conclusión de que se "está procediendo con la norma a una penalización de las ideas y de los proyectos políticos".

Para dar respuesta a estas dudas bastaría con tener por reproducidas las razones expuestas en el apartado anterior, aunque tampoco estará demás recordar que en la STC 48/2003 se razonaba al respecto que en nuestro ordenamiento jurídico no tiene cabida un modelo de "democracia militante" entendida como un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y en particular a la Constitución, pues no existe "un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos. La Ley recurrida no acoge ese modelo de democracia. Ante todo, ya en la Exposición de Motivos parte de la base de la distinción entre ideas o fines proclamados por un partido, de un lado, y sus actividades, de otro, destacando que "los únicos fines explícitamente vetados son aquéllos que incurren en el ilícito penal", de suerte que "cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos".

Razones que le llevan al Tribunal Constitucional a concluir que "la Ley contempla como causas de ilegalización, precisamente, "conductas", es decir, supuestos de actuación de partidos políticos que vulneran con su actividad, y no con los fines últimos recogidos en sus programas, las exigencias del art. 6 CE, que la Ley viene a concretar" por lo que, cabe añadir, que cuando la LOPP exige que los partidos políticos deben respetar "los valores constitucionales" lo hace conectándolo con los principios democráticos y el respeto a los derechos fundamentales a los que ha de responder su actividad y no como una exigencia que tienda a limitar o cercenar sus ideas o proyectos políticos".

9° EL ARTICULO 9.4 DE LA LEY ORGÁNICA NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES SANCIONADORAS NO FAVORABLES O RESTRICTIVAS DE DERECHOS INDIVIDUALES (ART. 9.3 CE).

El demandado considera que el citado precepto permite la aplicación retroactiva de la norma, utilizando hechos y circunstancias anteriores a la vigencia de la Ley para justificar la disolución de un partido político.

Esta alegación ha sido expresamente tratada y rechazada en la sentencia del Tribunal Constitucional tantas veces citada y que en aras a una mayor claridad reproduciremos literalmente. La sentencia razona al respecto que "La redacción del precepto no merece un juicio de inconstitucionalidad, pues queda claro que lo perseguido, en todo caso, es permitir la aplicación del art. 9.4 LOPP "a las actividades realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica", tal y como advierte la propia Disposición recurrida. Es decir, en ningún supuesto se prevé el enjuiciamiento de actividades y conductas anteriores a la Ley Orgánica 6/2002, de suerte que la Ley considera relevantes únicamente las posteriores a su entrada en vigor.

Con otras palabras, por disposición expresa de la Ley, la totalidad del presupuesto que determina la disolución ha de llevarse a cabo bajo su vigencia. Tanto las actividades aisladamente consideradas como "la continuidad y repetición" a las que se refiere el art. 9.4 al que remite la Disposición Transitoria son posteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002. Y otra cosa es que, a efectos de determinar la significación de tales actividades y valorar su relevancia en el conjunto de la conducta del partido de que se trate (y exclusivamente a esos efectos, pues tener en cuenta la conducta anterior a la entrada en vigor de la Ley como base de la ilegalización sería inconstitucional por incurrir en la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE), pueda tomarse en consideración lo que la Ley llama "trayectoria" (art. 9.4 LOPP), que puede comprender comportamientos producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley; pero, eso no comporta ninguna clase de retroactividad prohibida por la Constitución".

10° NO VULNERACIÓN DE LAS GARANTIAS PROCESALES Y EL DERECHO A UNA DOBLE INSTANCIA.

Dos parecen ser los reproches que el demandado dirige contra la regulación procesal contenida en la LOPP, que plantean una cuestión nueva no abordada en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. A saber:

a) En primer lugar, al considerar que se esta articulando un proceso carente de las garantías propias del proceso penal en lo que califica de "huida del derecho penal", y que no satisface las exigencias de un proceso garantista por cuanto: se basa en una norma de derecho sustantivo que califica de especialísima en la que se puede disolver un partido por causas ajenas a la comisión de delitos; se regula un procedimiento específico, preferente y rápido; contiene una remisión a las normas de prueba contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que, a su juicio hace innecesario una prueba de cargo; y el órgano competente para su conocimiento es la Sala Especial del Tribunal Supremo.

b) En segundo lugar, al considerar que la inexistencia de segunda instancia que posibilite una posterior tutela conculca los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con el artículo 13 del CEDH.

Por lo que respecta al primer conjunto de alegaciones, parece desprenderse que, a juicio del demandado, tan solo los procesos penales están dotados de las garantías suficientes para la defensa de los derechos y libertades, afirmación carente de toda base jurídica y que este Tribunal no puede compartir. En nuestro ordenamiento jurídico existen numerosos procesos de naturaleza no penal y que, sin embargo, están

dotados de todas las garantías necesarias para satisfacer el derecho a una tutela judicial efectiva; sería ocioso recordar la existencia de procesos tan variados como los existentes en el ámbito civil, contencioso-administrativo, laboral, electoral o constitucional que con distinta regulación respetan tales garantías. Y este es precisamente el caso del proceso que nos ocupa, en el que se respeta escrupulosamente las posibilidades de alegación, prueba en vista pública (con un trámite final de alegaciones) y en el que existe una igualdad de armas para las partes intervinientes.

El hecho de que se configure como un proceso preferente y rápido tampoco incorpora elemento de reproche alguno al mismo, siempre que, como así ocurre, se respeten las garantías de defensa y contradicción, y sin que el demandado razone en este aspecto cuales son las limitaciones que, a su juicio, restringen tales derechos y le hacen acreedor de un reproche de inconstitucionalidad. Es, sin duda, la importancia que nuestro legislador atribuye a un proceso destinado a ilegalizar un partido político lo que justifica que los plazos y la estructura del proceso permitan obtener una decisión en un plazo razonable de tiempo sin merma de la seguridad jurídica y de las garantías de las partes, pues no sería aconsejable que iniciado un proceso destinado a ilegalizar un partido político, por su presunta participación en actividades contrarias al funcionamiento del sistema democrático y a los derechos y libertades de los ciudadanos se prolongase en el tiempo permitiendo que su actividad siguiese lesionando los derechos y libertades que se tratan de proteger; y, al mismo tiempo, tampoco sería razonable para el propio partido político, sus afiliados y sus votantes que la sospecha, exteriorizada con la presentación de una demanda tendente a su ilegalización, no tuviese una respuesta adecuada en un corto periodo de tiempo que disipe las dudas surgidas al respecto. Criterio, que exterioriza expresamente la Exposición de Motivos de la LOPP al señalar que "Dicho procedimiento se conforma de forma clásica, sobre la base de la escritura, con una serie de trámites convencionales (alegaciones, prueba, nuevas alegaciones y sentencia) que, por los plazos y la forma de su articulación, compaginan los principios de seguridad jurídica y derecho de defensa con el de celeridad, procurando que la incertidumbre que puede provocar la iniciación del mismo no se incremente con una tramitación dilatada". En esta misma línea argumental tan solo cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico los procesos en defensa de los derechos fundamentales y los electorales también participan de las características de especialidad, preferencia y sumariedad que ahora se reprocha al que nos ocupa.

Por otra parte, no se advierte en que medida la existencia de una norma sustantiva específica destinada a regular el régimen jurídico de los partidos políticos incide en la falta de garantías procesales pero, en todo caso, el Tribunal Constitucional en su STC nº 48/2003 ha tratado exhaustivamente la constitucionalidad de la existencia de una Ley específica para regular los partidos políticos, descartando que se trate de una Ley "ad casum" o singular y reconociendo la posibilidad de incluir como supuestos de ilegalización conductas que no son constitutivas de ilícitos penales, a cuyos razonamientos nos remitimos en aras a una mayor claridad y concisión.

Tampoco la remisión a las normas generales de prueba contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en este aspecto generalmente operan en nuestro ordenamiento jurídico como supletorias para todos los procesos no penales, introduce límite alguno a las garantías procesales de las partes o exime de acreditar los hechos relevantes en los que se sustenta la petición de ilegalización.

Se argumenta también, en esta misma línea, la especialidad que supone el conferir la competencia para el conocimiento de este procedimiento a la Sala del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero sin concretar las razones por las que, a su juicio, ello implica una limitación de sus garantías, fuera de la pretendida lesión del derecho a una doble instancia que a continuación trataremos. Respecto a este punto tan solo cabe recordar que con

independencia de la opinión que le merezca al demandado la elección realizada por el legislador, estamos ante una previsión normativa que respeta las exigencias constitucionales del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley (como expresamente razona el la STC 48/2003, f.j 17) y el resto de las garantías propias de un tribunal de justicia. Y es de nuevo la importancia que para el legislador tiene un proceso destinado declarar la ilegalidad de un partido la que ha justificado esta elección, como señala la Exposición de Motivos de la Ley "el texto establece, por razón de la importancia y relevancia constitucional de los partidos políticos y, por añadidura, de las decisiones que afectan a su declaración de ilegalización o que justifican su disolución, que sea la Sala del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el órgano competente para poder disolver un partido político... Sala que , como señala el auto de 9 de julio de 1999 de la propia Sala "simboliza por su composición al Pleno del Tribunal Supremo. Es de alguna manera, el Pleno, un pleno "reducido".....Se resalta esto para poner de relieve que la Sala del art. 61 de la LOPJ, por su significativa composición, goza de un "estatus" de relevancia respecto a las Salas ordinarias en orden a la definición de sus competencias y de las reciprocas de aquellas...".

Razones todas ellas que nos sirven para concluir que no existen motivos fundados para dudar de la constitucionalidad del proceso diseñado en la LOPP.

En segundo termino, se alega la pretendida lesión del derecho a disponer de una doble instancia que el demandado articula como una presunta lesión del derecho a la tutela que conculca los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con el artículo 13 del CEDH.

Ante todo conviene destacar que de acuerdo con una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 109/1987, 160/1993, 322/1993, 199/1994, 169/1995, 19/1998, entre otras) el derecho a la tutela no garantiza, en principio, el derecho a una doble instancia judicial salvo en el ámbito penal, lo que resulta conforme con la exigencia, también circunscrita al ámbito penal, contenida en los preceptos y normas internacionales invocadas.

Dicho lo anterior, resulta patente la inconsistencia de esta argumentación dado que no nos encontramos ante un proceso de naturaleza penal. Es mas, ni siquiera puede sostenerse el carácter punitivo del proceso destinado a la ilegalización de un partido en los términos que hemos tenido ocasión de razonar anteriormente. A mayor abundamiento, conviene tener presente que nuestro Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha sostenido con carácter general y en ocasiones con específica referencia al Protocolo Adicional nº 7 al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos de fecha 22 de noviembre de 1984, que incluso en materia penal el principio general de la doble instancia puede ser objeto de excepciones cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción mas alta (SSTC 41/1998, 136/1999), porque el propio Protocolo Adicional nº. 7 al Convenio ya citado, en su artículo 2, intitulado "Derecho a un doble grado de Jurisdicción en materia penal", bien claramente señala como una de las excepciones al ya expresado principio general de la doble instancia "cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más Alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución". Es decir, que aquel principio quiebra cuando el Tribunal sentenciador en única instancia está revestido de las características definidoras del derecho aplicable en último grado, como en el presente caso acontece, en que quien juzga el presente proceso es la Sala prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que como se ha venido a indicar en otras ocasiones es un "mini pleno" del Tribunal Supremo al estar integrada por el Presidente de dicho Tribunal, los presidentes de sus cinco Jurisdicciones y por los magistrados más antiguo y más moderno de cada una de esas cinco Salas jurisdiccionales; Tribunal Supremo que como señala el art. 123.1 de la Constitución Española "es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de

garantías constitucionales”, garantías que por mandato de la propia Constitución Española están reservadas al Tribunal Constitucional. Por último, son muy escasas las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que abordan esta cuestión, siendo, además, resoluciones de inadmisión, lo que viene a significar que la alegación relativa a la ausencia de doble instancia en toda su amplitud no ha merecido que la cuestión superase dicho trámite. Así es de ver en los Autos de 18 de enero de 2000 (caso Presti y Frodl), 30 de mayo de 2000 (caso Loewenguth) y 22 de junio de 2000 (caso Deperrois).

En síntesis, en esta materia no cabe invocar el artículo 14.5 del Pacto de Nueva York, ya que éste sólo se refiere al derecho de un condenado en causa penal. En cuanto al artículo 13 del Convenio Europeo debemos señalar que garantiza un recurso efectivo para la defensa de los derechos que son objeto del Convenio y que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuya función es la protección de los derechos fundamentales con la extensión que establece el artículo 10.2 de la Constitución, cumple sobradamente tales exigencias.

SEXTO: NECESIDAD DE APLICAR LA TÉCNICA DEL “LEVANTAMIENTO DEL VELO” EN EL PRESENTE CASO.

Como recuerda la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 782/2002, de 30 de julio, la técnica del levantamiento del velo de las personas jurídicas la inició la jurisprudencia de los Estados Unidos a través de la "disregard of the legal entity" para permitir a los jueces introducirse en los entresijos y entramados de las sociedades, actuando en el ámbito jurídico de nuestro entorno como instrumento eficaz para combatir sociedades ficticias o de sólo fachada que llevan a cabo un ejercicio social no ajustado a la línea de la buena fe comercial a efectos de defraudar a terceros, abusando de una personalidad jurídica formal que puede contar incluso con respaldo legal.

A partir de este planteamiento, el levantamiento del velo se ha revelado como una excelente herramienta para resolver los conflictos que frecuentemente se plantean entre seguridad jurídica y justicia material, haciendo prevalecer a ésta sobre aquélla, fundamentándose su aplicación por nuestros Tribunales indistintamente, según los casos, en el fraude de ley, en el abuso de derecho y en la buena fe (artículos 6.1 y 4, 7.1 y 2 del Código Civil).

Pues bien, con independencia de cuál sea el fundamento teórico más adecuado para averiguar la verdad real que se oculta tras una apariencia jurídica, lo cierto es que el uso de esa técnica está admitido de forma generalizada en la actualidad por nuestros más altos Tribunales (en este sentido, por recordar sólo algunas de las más recientes, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre, 11 de octubre, 30 de julio y 25 de junio de 2002, así como las sentencias números 162/2002, 125/2001 y 115/2000 dictadas por el Tribunal Constitucional) y constituye en el presente caso un instrumento idóneo para constatar la auténtica realidad que subyace bajo la apariencia de tres partidos políticos legales -las tres formaciones demandadas en este proceso-, así como para determinar si tras esa veste formal se oculta verdaderamente la organización terrorista ETA, esto es, si HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA son sólo artificios legales creados por ETA para lograr el complemento político de su propia actividad terrorista, existiendo, por tanto, un único sujeto real que utiliza múltiples ropajes jurídicos.

Para abordar esta cuestión debemos proceder, siguiendo la jurisprudencia antes indicada, a examinar todos los aspectos que pudieran poner de manifiesto esa identidad real entre los tres partidos demandados y ETA, objetivo que es posible alcanzar si atendemos a los siguientes extremos que han quedado constatados, todos

ellos, en este proceso mediante las múltiples pruebas incorporadas a la causa y que han sido ya convenientemente analizadas por la Sala:

a) Unidad de designio creador. La creación de los tres partidos políticos demandados responde a un único designio, el de ETA, que diseñó lo que podría denominarse gráficamente como una “sucesión operativa” de formaciones políticas legales que le prestaran cobertura jurídica legal y apoyo político de cara a la sociedad, y que le permitieran beneficiarse de las ventajas de operar en el seno de la legalidad constitucional, participando en el “juego electoral” pese a estar realmente al margen de aquélla y ser su objetivo, precisamente, el de la destrucción del sistema constitucional por métodos no democráticos y, por tanto, no permitidos.

b) Desempeño subsiguiente de la misma función. Según ha quedado cumplidamente expresado en los hechos probados de esta Sentencia y en el apartado en el que se procede a la valoración de la prueba, fue la banda terrorista ETA quien prefiguró un contenido funcional específico, que estimaba era el idóneo para la consecución de sus fines, consistente en un peculiar agregado de tareas. Aquel contenido funcional vino a denominarse Unidad Popular. Pues bien, de una manera absolutamente constante, los distintos partidos políticos demandados han venido asumiendo esa misma función, declarándolo expresamente con frecuencia e intentando regresar a las esencias de aquella misma asignación funcional tantas veces cuantas fueron detectadas desviaciones en su curso. Frente al desempeño de esa función, las distintas personificaciones jurídicas que los partidos demandados han venido asumiendo adquieren el carácter de puramente instrumentales, hasta el punto de poder afirmar que nos encontramos ante una verdadera personificación de función, en la que ésta es el elemento inmutable y aquellas fórmulas jurídicas el contingente.

c) Identidad de personas que ejercen cargos directivos y de representación. Varios de los más relevantes dirigentes de BATASUNA han formado parte también de los órganos directivos de las otras dos formaciones políticas que precedieron a aquélla y, asimismo, han sido condenados por los Tribunales por su vinculación directa o indirecta con la actividad terrorista (casos de D. Arnaldo Otegui y D. Josu Urrutikoetxea).

d) Identidad de la persona que procedió a la inscripción constitutiva de EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA. En ambos casos fue D. Pedro María Landa Fernández la persona que procedió a efectuar la inscripción de las respectivas actas notariales en el Registro de Partidos Políticos para proceder a su constitución.

e) Reconocimiento expreso por EUSKAL HERRITARROK de su integración en BATASUNA y de la continuidad entre las páginas web de ambas organizaciones. Esta integración se evidenció con meridiana claridad en la propia página web de EUSKAL HERRITARROK, y así quedó acreditado notarialmente.

f) Sucesión de hecho entre los integrantes de grupos parlamentarios y municipales. Esta constatado que las mismas personas que integraban los grupos parlamentarios y municipales continuaron formando parte del nuevo grupo que se constituyó cuando se produjo la sucesión de los partidos demandados.

g) Sucesión en el uso de sedes y locales. Está acreditado que HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK Y BATASUNA han seguido ocupando los mismos locales y sedes con independencia de denominación de la formación titular de los mismos.

h) Identidad sustancial de estrategias y programas de actuación. En este proceso se ha podido constatar que las tres formaciones políticas se ajustan en su modus operandi a idéntica estrategia, que ha sido previamente diseñada por ETA. A estos efectos, baste recordar, a título de ejemplo, cómo entre la documentación incautada a esta organización figuraban escritos en los que se establecía como pauta de actuación

la no condena de los atentados terroristas, táctica seguida rigurosa y sucesivamente por los tres partidos demandados.

i) Utilización de anagramas ligados a la actividad de organizaciones terroristas. El anagrama de Gestoras Proamnistía, organización satélite de ETA, y en tal concepto incluida por la Unión Europea en la lista de organizaciones terroristas, ha sido utilizado reiteradamente por la organización BATASUNA como símbolo de su campaña para acercar a los presos de ETA al País Vasco.

En definitiva, todos estos aspectos de esencial coincidencia entre los tres partidos políticos demandados entre sí y de todos ellos, a su vez, con ETA, ponen de manifiesto una identidad sustancial entre las tres formaciones en los ámbitos mencionados (personal, de fines, de estrategias y de actividad), y, asimismo, un riguroso control de todos ellos por la citada banda criminal. Por esta razón podemos concluir afirmando la existencia en el presente caso de un único sujeto real, que es la organización terrorista ETA, que se oculta tras esa apariencia de diversidad de personalidades jurídicas creadas en diferentes momentos en virtud de una “sucesión operativa” previamente diseñada por aquélla.

Ahora bien, alcanzada esta conclusión debemos tener presente que, propiamente, el levantamiento del velo es una técnica cuya aplicación no cuestiona la existencia de la personalidad jurídica a otros efectos distintos de los examinados en el caso concreto en relación con el tercero perjudicado (que es en este caso el propio Estado Español y, por extensión todos los ciudadanos que padecen la violencia terrorista de ETA directamente, o a través de la actividad de los partidos demandados que otorgan a aquélla su complemento político), por lo que es más preciso técnicamente acudir a la doctrina del abuso del derecho, dado que de lo que se trata –por imperativo del artículo 12 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos- es de impedir en el futuro a los titulares de un derecho subjetivo que lo ejerciten en la forma en que lo venían haciendo, pues no debe olvidarse que el referido artículo 12 detalla los efectos de la disolución judicial de un partido político, señalando que, tras la notificación de la sentencia, se procederá al cese inmediato de toda la actividad del partido político en cuestión y se presumirá fraudulenta y, por tanto, no podrá prosperar la constitución de una formación que continúe o suceda al declarado ilegal y disuelto.

Declarada por tanto, a través de esta técnica del levantamiento del velo y del empleo conjunto del recurso del abuso de derecho previsto por el artículo 7.2 del Código Civil, la existencia de una unidad de sujeto real, frente al cual las distintas estructuras interpuestas vienen a ser puros ropajes jurídicos, insusceptibles de ocultar, por esa misma condición, aquella verdadera naturaleza, es claro que a la misma conclusión se llegará tantas veces como sea detectada la asunción o transmisión, a través de las fórmulas jurídicas que fuere, de aquel mismo contenido funcional en idéntico o similar régimen de reparto de tareas con la banda terrorista ETA. Sin embargo ésa es cuestión que, por referente a un futuro hipotético, deberá ser resuelta, en su caso, en ejecución de Sentencia. Ello conduce a que la Sala, en el preciso momento presente, no pueda acoger la expresa petición que el Ministerio Fiscal formula respecto de la extensión del pronunciamiento a partidos u otras fórmulas jurídicas de futura constitución, pero esa falta de acogida expresa menos aún impedirá el cumplimiento del mandato de efectividad final de la tutela judicial que el artículo 24 de la Constitución introduce que, como la jurisprudencia viene declarando, se extiende con igual vigor a la ejecución de la Sentencia, pues a la jurisdicción (artículo 117 de la Constitución), junto a la tarea de juzgar, incumbe hacer cumplir lo juzgado, en todos sus precisos términos.

Como consecuencia de lo expuesto y sin que ello implique, en absoluto, prejuzgar futuras decisiones de esta Sala ante eventos aún no acaecidos, cabe advertir que los efectos de esta Sentencia, en virtud de la técnica ahora aplicada, podrían proyectarse

también sobre todas aquellas formaciones políticas que a partir de este momento intentaran continuar la labor que hasta el presente desarrollaban los tres partidos políticos demandados o que, de cualquier otro modo, pudiera servir igualmente de complemento político a la banda terrorista ETA.

SEPTIMO.- NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE DISOLUCIÓN.-

La resolución de la precisa cuestión que queda indicada en el enunciado del presente Fundamento Jurídico aconseja, con el fin de proceder a su adecuado encuadramiento, destacar que el derecho a constituir y participar en los partidos políticos se integra en España dentro del marco del derecho fundamental más amplio de asociación que queda regulado en el artículo 22 de nuestro texto constitucional. La Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1981, de 2 de febrero, luego ratificada en este particular por la más reciente de 12 de marzo de 2003, ha indicado al respecto que “un partido es una forma particular de asociación”, sin que, a mayor abundamiento, el artículo 22 de la Constitución excluya “las asociaciones que tengan una finalidad política”. El derecho a constituir y pertenecer a partidos políticos debe estimarse, en consecuencia, como un derecho fundamental en nuestro país, como parte relevante del más amplio derecho de asociación, bien que, adicionalmente, no se agote en ello su realidad, pues el art. 6 de la Constitución, como queda visto en extenso más atrás, haga de los partidos materialización del pluralismo político, con lo que, más aún, participan también del derecho fundamental a la libertad de expresión necesaria para ese mismo pluralismo.

Aunque no de modo especial para los partidos políticos, sino con aquel alcance más amplio o general, el primer derecho fundamental de asociación queda además garantizado por el artículo 11 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En él además se fijan los parámetros legítimos de restricción de este derecho esencial, al indicarse que las asociaciones “no podrán ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos”. En parecida dirección se pronuncia el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, que, como al anterior, ha sido debidamente ratificado por España. Y en una cláusula coincidente, tras declararse el derecho que existe a asociarse, solamente vienen a tolerarse aquellas restricciones “previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

Antes decíamos, sin embargo, que aquella componente que los partidos políticos ostentan, como piezas esenciales que son del pluralismo político, lleva a garantizarles también (además en grado máximo) su libertad de expresión. Pues bien, este derecho se reconoce y garantiza también en el artículo 20 de nuestra Constitución, en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y en el 10 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Todas estas disposiciones convencionales que se acaban de indicar no sólo forman parte del Ordenamiento jurídico español por imperativo del artículo 96 del texto constitucional, sino que incluso, como indica su artículo 10.2, ello condiciona la interpretación de nuestro derecho interno, al establecerse que las normas relativas a

los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Pues bien, la Sala declara, sin que albergue duda alguna en ello, y pese a que asume que la disolución de un partido político es una de las medidas más graves que pueden ser adoptadas en una democracia, que en el presente caso concurren los altos estándares que tanto los tratados internacionales como la jurisprudencia interna, ordinaria y constitucional, y del tribunal Europeo de Derechos Humanos exigen para acordar la limitación de un derecho fundamental.

En primer lugar es claro que la medida se halla oportunamente prevista por la Ley, pues halla acomodo en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002. Además en este precepto se apareja la consecuencia de la disolución de un partido sólo a contravenciones específicas de la mayor significación, reiteración y gravedad. En efecto concurren, por tanto, los atributos ley previa y cierta inherentes a la exigencia de reserva de ley.

En segundo término, la medida de disolución que se acuerda en la presente Sentencia no sólo puede ser calificada sin violentarla como “necesaria para una sociedad democrática”, sino que, precisamente, se halla encaminada a la preservación de una sociedad en la que ese mismo sistema político impere en su plenitud. Cumple en este sentido destacar que la relación entre la defensa de la Democracia y la protección que dispensa el Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha puesto de relieve en numerosas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se ha venido afirmando que la democracia representa, sin duda alguna, un elemento fundamental del orden público europeo. Esto se desprende del preámbulo al convenio, que establece un vínculo muy claro entre el Convenio y la democracia al declarar que la salvaguarda y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales descansan en un régimen político verdaderamente democrático, de una parte, y en una concepción común de los derechos humanos, de otra. La democracia aparece de este modo como el único modelo político contemplado por el Convenio y, por consiguiente, como el único compatible con él (Sentencia Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía, de 30 de enero de 1998, y más recientemente, Sentencia Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía de 13 de febrero de 2003). Pues bien, ese mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido claro en admitir restricciones que pudieran ser dirigidas contra partidos políticos por causa de sus llamadas a la violencia. La Sentencia de 2 de octubre de 2001 ha indicado, por ejemplo, que “cuando haya habido incitación a la violencia contra una persona, o un agente público o un sector de la población, las autoridades del Estado gozan de un más amplio margen de apreciación al examinar la necesidad de una injerencia en la libertad de expresión”... Y en otro momento que las medidas restrictivas de naturaleza preventiva para suprimir la libertad de reunión y expresión, “a menos que sean casos de incitación a la violencia y rechazo de los principios democráticos”, por más chocantes e inaceptables que puedan parecer hacen un flaco servicio a la democracia y a menudo la ponen en peligro. Pues bien, del hecho, plenamente acreditado, de que los partidos aquí demandados son materialización de aquella estrategia de “separación táctica” con el terrorismo que ha quedado en frecuentes ocasiones indicada, y, por consecuencia de ello, las frecuentes llamadas que, bien en documentos internos o bien en actos exteriores, han venido realizando a la violencia (“lucha armada”), viene a derivarse que la defensa de los derechos fundamentales de los demás, componente inescindible de la democracia, exija la expresada declaración de ilegalidad y disolución.

Además, vista la gravedad de los actos terroristas en nuestro país, situación que ha quedado expresada en extenso en el apartado denominado “Contexto Histórico y Social”, en el que cerca de mil muertos son imputables a la acción de la banda

terrorista ETA, y entre los cuales se encuentran hombres, mujeres y niños, hace que la medida tampoco albergue reproche alguno en términos de proporcionalidad.

Por último, reiterada jurisprudencia constitucional viene exigiendo que el sacrificio de un derecho fundamental sea objeto de la oportuna ponderación con aquellos beneficios, también constitucionalmente relevantes, que con ese sacrificio se ven protegidos, no sólo en garantía de aquellos derechos sino como adicional trasunto del principio que veda la arbitrariedad de los poderes públicos. Pues bien, esa ponderación es precisamente lo realizado en las líneas que anteceden, y el beneficio que se obtiene es una inmediata protección a la democracia y los derechos fundamentales (incluidos por más primarios) de los demás, de modo que debe concluirse que en el caso presente concurren todas las exigencias para que la restricción del derecho a constituir y formar parte de partidos políticos alcance plena legitimidad.

Es ahora, cuando aborda el Tribunal la proporcionalidad de la medida de disolución, el momento oportuno para precisar aquellas concretas limitaciones que serán lineal y directa consecuencia de la restricción que comporta la declaración de ilegalidad de los partidos demandados. Pues bien, conforme establece el artículo 12 de la Ley Orgánica 6/2002 (de manera que incluso las consecuencias finales de la declaración de ilegalidad se encuentran previstas en una ley previa dotada de la oportuna generalidad), la extinción de sus respectivas personalidades jurídicas que la decisión de disolución conlleva producirá, en primer lugar, plenas consecuencias sobre todas aquellas esferas de la vida jurídica sobre las que se hallan extendido en el pasado. En consecuencia, serán ineficaces cuantas relaciones deriven de aquella relación de pertenencia o representación de los partidos disueltos. Pero también aquella desaparición de personalidad impide que a partir de la fecha de esta Sentencia puedan constituir situaciones o relaciones jurídicas de clase alguna. Todo ello con plena independencia de que el estatuto singular de los miembros de dichos partidos siga la suerte prevista para ellos en las normas jurídicas que resulten de aplicación. Esta disolución conducirá además a la cancelación de las respectivas inscripciones de los partidos demandados en el registro de Partidos Políticos y a la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, que será llevado a efecto por tres liquidadores que esta Sala en ejecución de Sentencia designará. El patrimonio neto resultante de esta actividad de liquidación se destinará, por último, a actividades de interés social o humanitario.

OCTAVO: COSTAS.

La Ley 1/2002, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil de aplicación supletoria al presente proceso, tanto por cuanto su artículo 4 bien claramente expresa que en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso administrativos, laborales y militares, serán de aplicación a todos ellos los preceptos de la misma, como porque dicha supletoriedad viene específicamente marcada en la Ley 6/2002, de Partidos Políticos en su art. 11.5 en lo atinente a las reglas sobre plazos y substanciación de la prueba en los procesos que se articulen al amparo de esta última, señala, decimos, aquella Ley de Enjuiciar en su artículo 394.1 que en los procesos declarativos, como es la naturaleza del presente, las costas de primera instancia se impondrán “a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones”, salvo que el Tribunal aprecie y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En el presente proceso complejo y novedoso, (la prueba de ello es lo extenso de la presente sentencia) se han tenido que comprobar, depurar y enjuiciar una serie de conductas desarrolladas por los tres partidos políticos demandados y al mismo tiempo aplicar una legislación variada y en algunos casos totalmente inédita en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la Sala entiende que la oposición realizada por la

única parte demandada comparecida, no puede ser tachada de temeraria al no aquietarse con las pretensiones deducidas por la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal si se tiene en cuenta, además, de sus razonamientos lógicos expuestos en defensa de su tesis impeditiva de la ilegalización, el hecho cierto por demás, que los partidos HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK Y BATASUNA, partían en su tesis defensiva de una situación de legalidad previa derivada de su inscripción en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior y de la protección que el ordenamiento jurídico les dispensaba hasta la presente sentencia, en la que como consecuencia de cuanto se ha venido exponiendo y razonando a lo largo de misma, se ha entendido que sus conductas desplegadas operativamente, les hacen acreedores de la declaración de ilegalidad y disolución que por la presente se acuerda. A la vista de todo ello, la Sala considera que por las razones expuestas aún siendo totalmente rechazada su pretensión de absolución de las demandas en su contra interpuestas y estimarse íntegramente las pretensiones deducidas en aquéllas, tal decisión no debe comportar una expresa declaración respecto de las costas producidas y causadas en los procedimientos que acumuladas quedan enjuiciados, en los cuales cada parte habrá de soportar las causadas a su instancia.

F A L L A M O S:

Que debemos estimar y estimamos íntegramente las demandas interpuestas por el Sr. Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, y por el Ministerio Fiscal y, en su consecuencia:

PRIMERO.- Declaramos la ilegalidad de los partidos políticos demandados, esto es, de HERRI BATASUNA, de EUSKAL HERRITARROK y de BATASUNA.

SEGUNDO.- Declaramos la disolución de dichos partidos políticos con los efectos previstos en el art. 12.1 de la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos.

TERCERO.- Ordenamos la cancelación de sus respectivas inscripciones causadas en el Registro de Partidos Políticos.

CUARTO.- Los expresados partidos políticos, cuya ilegalidad se declara, deberán cesar de inmediato en todas las actividades que realicen una vez que sea notificada la presente sentencia.

QUINTO.- Procédase a la apertura de un proceso de liquidación patrimonial de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna en la forma que se establece en el art. 12.1.c) de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, lo que se llevará a cabo en ejecución de la presente sentencia.

Todo ello sin efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas en los procesos acumulados que enjuiciados quedan.

Notifíquese esta sentencia a las partes personadas y a las declaradas rebeldes en la forma prevenida en la Ley, haciéndoles saber que la misma es firme, definitiva y ejecutiva, así como que contra la misma, de conformidad con lo establecido en el art. 11.7 de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, no cabe recurso alguno, sin perjuicio, en su caso, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Menú

[Inicio](#)
[Consejo redactor](#)
[Equipo de trabajo](#)
[Números Publicados](#)
[Base Documental](#)
[Suscríbete](#)
[Revista 1 - AJ Honduras](#)

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

HONDURAS

Resolución de un recurso de reposición, a través de la cual se concede un amparo. Recurso de Amparo del 11 de febrero de 2003.

Comentario de Francisco Daniel Gómez Bueso:

Este fallo es uno de los pocos que se ha dado en el cual se OTORGA un amparo por vía de un recurso de reposición dentro del mismo procedimiento, cuando antes, la misma Corte lo había denegado.

La decisión, así mismo, sienta precedente para que los Jueces y Tribunales se vean obligados a motivar sus sentencias.

[Ver el texto](#)

[\[Volver\]](#)



© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

© 2011 Revista del Foro Constitucional Iberoamericano
Journal is Free Software released under the GNU/GPL License.

Foro Constitucional Iberoamericano

**RECURSO DE AMPARO N° 1277-1489-1492=00/2012=02.
de 11 de febrero de 2003**

TEXTO DE LA DECISIÓN

CERTIFICACIÓN

La infrascrita Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia, certifica la sentencia que literalmente dice: □CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Tegucigalpa M.D.C., siete de enero del dos mil tres.

VISTO: Para resolver el Recurso de Reposición interpuesto contra la sentencia de fecha siete de noviembre del dos mil uno emitida por este Supremo Tribunal de Justicia, en el Recurso de Amparo interpuesto, en fecha veintiocho de junio del dos mil, por el Licenciado DAVID GABRIEL ALVARADO LEITZELAR, mayor de edad, soltero y de este domicilio, en su condición de apoderado legal de la señora MARLEN TURCIOS DIAZ, mayor de edad, hondureña y de este domicilio, contra la sentencia proferida por la Corte de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción a nivel nacional, en fecha cinco de junio del dos mil, la cual CONFIRMO la sentencia interlocutoria emitida por el Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo, en fecha seis de enero del dos mil, misma que DECLARO CON LUGAR LAS DEFENSAS PREVIAS interpuestas por la parte demandada en virtud de que: A) La demanda se interpuso fuera de los plazos respectivos respecto a la pretensión de reintegro, por lo que se declara la inadmisibilidad de la demanda de reintegro. B) En relación a la pretensión de reajuste salarial como no está agotado la vía administrativa; se ordena al receptor del despacho requiera a la demandante para que agote la vía administrativa, formulando el recurso administrativo del caso, en el plazo de diez días y si se acreditaré dentro de los cinco días siguientes haberlo deducido, quedará en suspenso el procedimiento hasta que se resuelva el recurso en forma expresa o presunta. En relación a la demanda ordinaria, reconocimiento de la situación jurídica individualizada por despido ilegal e injusto, como medidas para el pleno restablecimientos del derecho subjetivo violado se condene al Estado de Honduras, al reintegro al trabajo y el pago de salarios caídos y reajuste promovida ante el Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo por la señora MARLEN TURCIOS DIAZ contra el ESTADO DE HONDURAS, por un acto emitido por la Secretaría de Estado en los Despachos de Relaciones Exteriores. **RESULTA:** Que en fecha siete de noviembre del dos mil uno, este Tribunal de Justicia dictó sentencia en el Recurso de

Amparo de mérito, mediante la cual se resolvió DENEGANDO el Recurso de amparo en las presentes diligencias.

RESULTA: Que en fecha seis de diciembre del dos mil uno compareció ante este Tribunal el Abogado DAVID GABRIEL ALVARADO LEITZELAR, a interponer recurso de reposición contra la sentencia de mérito.

CONSIDERANDO: Que del estudio de los antecedentes, la resolución del aquo, del ad quem, así como de la sentencia de este Tribunal Supremo con fecha siete de noviembre del 2001, se observa que, a pesar de que la parte recurrente en la audiencia de defensas previas alegó irregularidades de una notificación practicada a la señora MARLEN TURCIOS DIAZ, el aquo no hizo motivación fáctica y jurídica sobre ello, ni pronunciamiento al respecto, y por su parte, el ad quem al confirmar dicho fallo con la fórmula "estar arreglado a derecho", tampoco lo hizo.

CONSIDERANDO: Que el fallo de este Tribunal Supremo, no aprecia la ausencia de motivación fáctica y jurídica, asimismo del pronunciamiento, en que incurrieron los juzgadores de primera y segunda instancia, por lo que incurre en la misma violación de aquellos.

CONSIDERANDO: Que de conformidad al debido proceso, las resoluciones deben ser fundamentadas y motivadas, así como hacer pronunciamiento sobre los alegatos y peticiones de las partes.

CONSIDERANDO: Que de conformidad a las consideraciones anteriores, resulta que se ha violado el debido proceso, violación que si bien no fue alegada concretamente, este Tribunal considera que en un caso como éste, cabe suplir la deficiencia del recurrente; en consecuencia, procede reponer el fallo cuya reposición se solicita, y por consiguiente otorgar el amparo de mérito.

POR TANTO: La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en nombre del Estado de Honduras, oído el parecer del Fiscal, por UNANIMIDAD de votos, y haciendo aplicación de los artículos 303, 308, 313 No.5 y 316 No. 1 de la Constitución de la República; 78 atribución 5a. de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales; 1 y 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo; 1o. numeral 1o., 4o., 5o., 25 reformado, 32 y 47 de la Ley de Amparo; 6a. atribución 12a. del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia;

FALLA:

1) Declara con lugar el recurso de reposición; 2) Repone la sentencia de fecha siete de noviembre de dos mil uno; y 3) OTORGA el amparo de mérito. Y MANDA: Que con certificación del presente fallo se devuelvan los antecedentes al Tribunal de su procedencia para los efectos legales consiguientes. Redactó el Magistrado JOSE ROLANDO ARRIAGA

MANCIA. NOTIFIQUESE. FIRMA Y SELLO. JOSE ROLANDO ARRIAGA
MANCIA. COORDINADOR. CARLOS ALBERTO GOMEZ MORENO.
RAMON OVIDIO NAVARRO DUARTE. LIDIA ESTHELA CARDONA
PADILLA. TEODOLINDA PINEDA CARDONA. FIRMA Y SELLO. LUCILA
CRUZ MENÉNDEZ. SECRETARIA GENERAL.□

Extendida en la ciudad de Tegucigalpa, M.D.C., a los once días del mes
de febrero de dos mil tres, certificación de la sentencia de fecha siete de
enero del dos mil tres; recaída en el Recurso de Amparo número 1277-
1489-1492=00/2012=02.

LUCILA CRUZ MENÉNDEZ
SECRETARIA GENERAL

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Menú

[Inicio](#)
[Consejo redactor](#)
[Equipo de trabajo](#)
[Números Publicados](#)
[Base Documental](#)
[Suscríbete](#)
[Revista 1 - AJ Mexico](#)

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

MÉXICO

TÉSIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Tesis de jurisprudencia 143/2002. Sobre división de poderes: La facultad conferida en una ley a una autoridad administrativa para emitir disposiciones de observancia general, no conlleva una violación a ese principio constitucional. De 22 de noviembre de 2002.

[Ver detalles](#)

Tesis de jurisprudencia CLXXI/2002. Sobre tratados internacionales: Su interpretación por esta suprema corte de justicia de la nación al tenor de lo establecido en los artículos 31 y 32 de la convención de viena sobre el derecho de los tratados (Diario Oficial de la Federación del 14 de febrero de 1975). De 16 de agosto de 2002.

[Ver detalles](#)

Tesis de jurisprudencia P. XLV/2002. Versa sobre leyes: El legislador ordinario cuenta con la facultad de establecer el momento en que inicia su vigencia. De 18 de noviembre de 2002.

[Ver detalles](#)
[\[Volver\]](#)


© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

© 2011 Revista del Foro Constitucional Iberoamericano
Journal is Free Software released under the GNU/GPL License.

Foro Constitucional Iberoamericano

TESIS: 2a./J. 143/2002

Instancia: 2a. Sala

Epoca: 9a. Epoca

Localización

Novena Epoca Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVI, Diciembre de 2002 Tesis: 2a./J. 143/2002 Página: 239 Materia: Constitucional Jurisprudencia.

Rubro

División de poderes. La facultad conferida en una ley a una autoridad administrativa para emitir disposiciones de observancia general, no conlleva una violación a ese principio constitucional.

Precedentes

Amparo en revisión 1162/96. Xocongo Mercantil, S.A. de C.V. 10 de noviembre de 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina. **Amparo en revisión 49/2001.** Gerardo Kawas Seide. 29 de junio de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez. **Amparo directo en revisión 1014/2001.** Controladora Pyasa, S.A. de C.V. 25 de enero de 2002. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez. **Amparo en revisión 425/2001.** Cierres Best de México, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Oliva del Socorro Escudero Contreras. **Amparo en revisión 106/2002.** Teléfonos de México, S.A. de C.V. 23 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Martha Elba Hurtado Ferrer. **Tesis de jurisprudencia 143/2002.** Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintidós de noviembre de dos mil dos.

Comentario

La tesis establece la posibilidad para que el Congreso de la Unión, mediante ley, habilite a las autoridades administrativas o judiciales para emitir normas generales. Lo anterior, dice la tesis, no rompe con el principio de división de poderes ya que no hay una disposición constitucional alguna que impida esta autorización o habilitación. La tesis establece un peligroso precedente en relación con la imposibilidad de restricción material de delegación por parte del legislador a la administración. La ley, establece la Corte, puede "prestarle" a estas disposiciones administrativas "su propia fuerza superior". La única restricción es la reserva de ley "formal" al legislador, esto es, en

principio es posible establecer una ley en "blanco" que deslegalice materialmente una materia. Hay que recordar que el principio por el que se rigen las autoridades es el principio de restricción, esto significa que para que una facultad de este tipo exista ésta debe estar expresamente facultada en disposiciones constitucionales y no por no encontrar una norma que lo "impida" esta es constitucional.

TEXTO

De la interpretación histórica, causal y teleológica de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que con el establecimiento del principio de división de poderes se buscó, por un lado, dividir el ejercicio del poder y el desarrollo de las facultades estatales entre diversos órganos o entes que constitucionalmente se encuentran en un mismo nivel, con el fin de lograr los contrapesos necesarios que permitan un equilibrio de fuerzas y un control recíproco; y, por otro, atribuir a los respectivos órganos, especialmente a los que encarnan el Poder Legislativo y el Poder Judicial, la potestad necesaria para emitir, respectivamente, los actos materialmente legislativos y jurisdiccionales de mayor jerarquía en el orden jurídico nacional, de donde se sigue que la prohibición contenida en el referido numeral, relativa a que el Poder Legislativo no puede depositarse en un individuo, conlleva que en ningún caso, salvo lo previsto en los artículos 29 y 131 de la propia Norma Fundamental, un órgano del Estado diverso al Congreso de la Unión o a las Legislaturas Locales, podrá ejercer las atribuciones que constitucionalmente les son reservadas a éstos, es decir, la emisión de los actos formalmente legislativos, por ser constitucionalmente la fuente primordial de regulación respecto de las materias que tienen una especial trascendencia a la esfera jurídica de los gobernados, deben aprobarse generalmente por el órgano de representación popular. En tal virtud, si al realizarse la distribución de facultades entre los tres poderes, el Constituyente y el Poder Revisor de la Constitución no reservaron al Poder Legislativo la emisión de la totalidad de los actos de autoridad materialmente legislativos, y al Presidente de la República le otorgaron en la propia Constitución la facultad para emitir disposiciones de observancia general sujetas al principio de preferencia de la ley, con el fin de que tal potestad pudiera ejercerse sin necesidad de que el propio Legislativo le confiriera tal atribución, debe concluirse que no existe disposición constitucional alguna que impida al Congreso de la Unión otorgar a las autoridades que orgánicamente se ubican en los Poderes Ejecutivo o Judicial, la facultad necesaria para emitir disposiciones de observancia general sujetas al principio de preferencia o primacía de la ley, derivado de lo previsto en el artículo 72, inciso H), constitucional, lo que conlleva que la regulación contenida en estas normas de rango inferior, no puede derogar, limitar o excluir lo dispuesto en los actos formalmente legislativos, los que tienen una fuerza derogatoria y

activa sobre aquéllas, pues pueden derogarlas o, por el contrario, elevarlas de rango convirtiéndolas en ley, prestándoles con ello su propia fuerza superior.

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

TESIS: 2a. CLXXI/2002

Instancia: 2a. Sala

Epoca: 9a. Epoca

Localización

Novena Epoca Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVI, Diciembre de 2002 Tesis: 2a. CLXXI/2002 Página: 292 Materia: Constitucional, Común Tesis aislada.

Rubro

Tratados internacionales. Su interpretación por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación al tenor de lo establecido en los artículos 31 y 32 de la convención de viena sobre el derecho de los tratados (diario oficial de la federación del 14 de febrero de 1975).

Precedentes

Amparo en revisión 402/2001. Imcosa, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Comentario

En esta sentencia, la Suprema Corte determina que la forma de desentrañar el alcance de un tratado internacional es tomar en cuenta lo previsto en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, siempre y cuando no se contravenga lo dispuesto en el artículo 14 de nuestra Constitución. Es decir, para interpretar estos actos jurídicos se debe acudir a un sentido literal, sistemático o teleológico, y conocer los fines que se tenían con la celebración de dicho tratado.

TEXTO

Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudirse a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudirse al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto

propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudirse, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda.

Foro Constitucional Iberoamericano

TESIS: P XLV/2002

Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia

Epoca: 9a. Epoca

Localización

Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XVI, Diciembre de 2002 Tesis: P. XLV/2002 Página: 13 Materia: Constitucional Tesis Aislada.

Rubro

Leyes. El legislador ordinario cuenta con la facultad de establecer el momento en que inicia su vigencia.

Antecedentes

Amparo en revisión 241/2002. Ricardo García de Quevedo Ponce. 31 de Octubre de 2002. Mayoría de ocho votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel y José Vicente Aguinaco Alemán. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretarias: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco y Lourdes Margarita García Galicia. **Amparo en Revisión 297/2002.** Fernando Perfecto Cruz. 31 de Octubre de 2002. Mayoría de ocho votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel y José Vicente Aguinaco Alemán. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretarias: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco y Lourdes Margarita García Galicia. **Amparo en Revisión 442/2002.** Luis Ángel Villa Piñera. 31 de Octubre de 2002. Mayoría de ocho votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel y José Vicente Aguinaco Alemán. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretarias: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco y Lourdes Margarita García Galicia. **El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy dieciocho de noviembre en curso, aprobó, con el número XLV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial.** México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de 2002.

Comentario

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se perfila como tesis jurisprudencial, resuelve que el legislador ordinario tendrá la facultad de establecer libremente el momento en el que inicie la vigencia de la ley que promulgue, así sea el mismo día de la promulgación. Los precedentes nos indican que hubo tres sentencias anteriores que contaron con ocho votos a favor, dos ausencias y una disidencia en relación a este criterio. El 18 de noviembre de 2002, el Tribunal Pleno decidió que el hecho de que una

ley haya entrado en vigor el mismo día de su publicación, no vulnera disposición constitucional alguna, aunque lo deseable sea que una ley sea conocida por sus destinatarios antes de que cobre vigencia.

TEXTO

Aun cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 71 y 72 señala a quiénes compete el derecho de iniciar leyes o decretos y el procedimiento que se sigue en las Cámaras de Diputados y Senadores para su formación, lo cierto es que no prevé regla alguna sobre el momento en que deba iniciar la vigencia de las leyes, ni de su articulado se deduce la existencia de un sistema sobre tal vigencia, por lo que es incuestionable que esta materia puede ser regulada libremente por el legislador ordinario.

En consecuencia, el hecho de que una ley haya entrado en vigor el mismo día de su promulgación, no vulnera disposición constitucional alguna, pues debe tomarse en consideración que la promulgación de una ley, no es otra cosa que su publicación formal, esto es, su finalidad consiste en lograr que las leyes sean conocidas por aquellos a quienes obligan y, naturalmente, los particulares no están obligados a cumplir lo prevenido en disposiciones constitucionales que le impidan establecer que el ordenamiento jurídico estará vigente a partir del día de su publicación oficial, aun cuando lo deseable es que una ley sea conocida por todos sus destinatarios antes de que cobre vigencia.

Menú

[Inicio](#)

[Consejo redactor](#)

[Equipo de trabajo](#)

[Números Publicados](#)

[Base Documental](#)

[Suscríbete](#)

Revista 1 - AJ Mercosur

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

MERCOSUR

Laudo IX. TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR. Estímulo a la industrialización de lana De 4 de abril de 2003.

[Ver el laudo](#)

[\[Volver\]](#)



© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

© 2011 Revista del Foro Constitucional Iberoamericano
Journal is Free Software released under the GNU/GPL License.

Foro Constitucional Iberoamericano

IX LAUDO TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR

4 de abril de 2003
Estímulo a la industrialización de lana (1)

TEXTO DEL LAUDO

En la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, a los 4 días del mes de abril del año 2003,

VISTO

Para Laudo las actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la **República Argentina** (Parte Reclamante, en adelante Argentina) y la **República Oriental del Uruguay** (Parte Reclamada, en adelante Uruguay), sobre “Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana otorgado por Uruguay establecido por la Ley 13.695/68 y Decretos complementarios con la Normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona”.

ANTECEDENTES

I. El Tribunal Arbitral

1. El Tribunal Arbitral constituido para entender en la presente controversia, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR (en adelante, Protocolo de Brasilia), de 17 de diciembre de 1991, lo integran los Árbitros Sres. Dr. Ricardo Alonso García, Dr. Enrique C. Barreira y Dr. Eduardo Mezzera, nacionales, respectivamente, de España, Argentina y Uruguay.

2. Los Árbitros, al iniciar la sesión constitutiva del Tribunal el 17 de mayo de 2002, examinaron los antecedentes proporcionados por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y confirmaron su correcta designación como Árbitros, conforme con lo establecido con el Protocolo de Brasilia. En dicha sesión constitutiva comprobaron su inclusión en la lista a que se refiere el artículo 10 del Protocolo, habiendo suscrito cada uno de ellos la declaración requerida por el artículo 16 del Reglamento.

3. En la referida sesión, el Tribunal se declaró constituido, instalado y en funciones para entender de la controversia y compuesto por las personas designadas, declarando que la Presidencia sería ejercida por el Sr. Dr. Ricardo Alonso García, de acuerdo con el artículo 9.2.i del Protocolo de Brasilia, y adoptando sus Reglas del Procedimiento conforme a los artículos 15 del Protocolo de Brasilia y 20 de su Reglamento.

II. Las Partes

4. Son Partes en el procedimiento Argentina y Uruguay. A partir del Acta n° 1 de constitución del Tribunal, se invitó a las Partes a designar sus respectivos representantes y constituir sus domicilios legales. Argentina constituyó domicilio en su Representación ante la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), sita en Andes 1365, Piso 10, CP 11100 Montevideo, y designó representante titular ante el Tribunal al Ministro M^a Cristina Boldorini y representante alterno al Licenciado Adrián Makuc. Uruguay, por su parte, constituyó domicilio en la Dirección General para Asuntos de Integración y MERCOSUR, sita en Colonia 1206, Piso 2°, CP 11100 Montevideo, y designó representantes para actuar indistintamente ante el Tribunal al Ministro Consejero William Ehlers, al Doctor José M^a Robaina, a la Contadora Graziella Bonfiglio, y a los Ingenieros Luis Plouvier y Washington Durán.

III. Tramitación

5. Con fecha 2 de abril de 2002, Argentina notificó al Director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, la decisión de iniciar el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia contra Uruguay por “incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana establecido por la Ley 13.695 y Decretos complementarios con la Normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona”.

6. Desarrollado el proceso de designación de los Árbitros y constituido el Tribunal, y constituidos asimismo los domicilios legales y designados los representantes de las Partes ante el Tribunal, se abrió el trámite de alegaciones escritas, formulando Argentina su Escrito de Presentación y Uruguay su Escrito de Respuesta en debido tiempo y forma.

7. Teniendo en cuenta la importancia que en el Mercosur tiene la interpretación uniforme de las reglas comunes propias del sistema de integración, y que la doctrina que emerge de los laudos de los Tribunales Arbitrales puede inspirar la actuación tanto de Tribunales Arbitrales posteriores como de instancias judiciales nacionales, a cuyos efectos los Estados Partes que no estén directamente involucrados en la contienda pueden tener interés en exponer sus puntos de vista, el Tribunal, en aplicación del artículo 13 de las Reglas de Procedimiento(2), invitó a las Partes a manifestar su posición con relación a la posible

intervención en el proceso, con los efectos establecidos en el citado precepto, de los otros Estados Partes del MERCOSUR terceros en la controversia. Tal posibilidad quedó excluida al formular Argentina y Uruguay en tiempo y forma su oposición al respecto.

8. El 28 de junio de 2002, el Tribunal, a través de su Presidente, resolvió hacer uso de la prórroga por treinta días del plazo para pronunciarse, de conformidad con los artículos 20 del Protocolo de Brasilia y 21 de su Reglamento.

9. El 12 de julio de 2002, el Tribunal, a través de su Presidente, resolvió a petición de las Partes la suspensión del procedimiento por un plazo de treinta días corridos. Por sucesivas Providencias de 12 de agosto y 11 de septiembre, y de nuevo a petición de las Partes, el Tribunal, a través de su Presidente, acordó la suspensión del procedimiento por unos plazos, respectivamente, de treinta y cuarenta y cinco días corridos.

10. El 12 de noviembre de 2002, el Tribunal, a través de su Presidente, tras considerar que no se daban las condiciones mínimas imprescindibles para el correcto desenvolvimiento del procedimiento al no haber facilitado las Partes, como correspondía, los medios para la celebración de la audiencia y la consiguiente deliberación de los miembros del Tribunal, y tras advertir que el comportamiento de las Partes contrario a la buena fe procesal incluía no sólo obstaculizar sino también abstenerse de habilitar los medios necesarios que a cada Parte incumbiera para el desempeño de la labor encomendada al Tribunal, acordó de oficio la suspensión del procedimiento hasta estimar que se dieran las mencionadas condiciones mínimas para continuar con el procedimiento.

11. Levantada de oficio la suspensión y continuado el procedimiento por Providencia de 27 de marzo de 2003, se celebró audiencia el 2 de abril siguiente en - previa expresa aceptación por ambas Partes, particularmente por Argentina- la sede de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en la que las Partes, que adjuntaron sendos Memoriales completando sus respectivos Escritos de Presentación y de Respuesta, fueron escuchadas y contestaron las preguntas formuladas por el Presidente, quedando las actuaciones del proceso sobre la mesa del Tribunal para deliberación y emisión del Laudo Arbitral. Dichas actuaciones, consignadas en Actas y Anexos a las Actas de acuerdo con las Reglas de Procedimiento, constan en autos.

IV. Alegaciones y pretensiones de las Partes

Para fundamentar su reclamación, Argentina sostiene:

12. Que la bonificación otorgada a las exportaciones de los productos industrializados de lana mediante la Ley uruguaya 13.695, de 24 de octubre de 1968, y Decretos complementarios, constituye un incentivo a

la exportación prohibido en el comercio intrazona, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa MERCOSUR, y que el mantenimiento de dicha bonificación implica, además, la violación del Entendimiento suscrito entre ambas Partes en la fase pre-arbitral.

13. El artículo 80 de la referida Ley 13.695 dispone:

“Bonifícase en un 22 % del valor FOB declarado en las exportaciones de tejidos en piezas o en confecciones. El Banco de la República entregará a las fábricas elaboradoras de tejidos o confecciones exportadas en cada caso, el monto resultante de la bonificación, siempre que se encuentren al día en sus obligaciones con los organismos de Previsión Social y con la Dirección General Impositiva. Cuando las fábricas tengan deudas con dichos organismos, el Banco de la República verterá la bonificación hasta el importe de la deuda en la cuenta que aquellas empresas tengan en dichas instituciones. El Ministerio de Hacienda pondrá a disposición del Banco de la República las cantidades necesarias para cubrir la bonificación establecida por este artículo, con cargo al producido del impuesto que se crea por el artículo 79”.

El artículo 79 de la misma Ley, por su parte, establece:

“Créase un impuesto a las exportaciones de lanas, que regirá a partir del 1/10/69, y que se liquidará sobre el valor del aforo de exportación de lana sucia, según los coeficientes de contenido en lana sucia que a tales efectos establezca el Poder Ejecutivo, sobre los productos que se enumeran, de acuerdo a las siguientes tasas: a) 4 % para lanas sucias; 2,5 % para lanas sucias desbordadas y c) 1,5 % para lanas lavadas-”.

14. Por Ley 14.926, de 31 de agosto de 1979, se facultó al Poder Ejecutivo (artículo 1) a reducir a tasas menores o a eliminar totalmente la bonificación establecida por el artículo 80 de la Ley 13.695. Haciendo uso de tal habilitación, el Poder Ejecutivo procedió a partir de 1988, mediante sucesivos Decretos, a una reducción gradual del porcentaje de 22 % previsto en el artículo 80 de la Ley 13.695, hasta quedar fijado en un 9 % en el año 1992; desde entonces, dicho porcentaje del 9 % se prorrogó ininterrumpidamente.

15. En 1998, Argentina solicitó a Uruguay la eliminación de la bonificación a las exportaciones de productos industrializados de lana destinados a los países del MERCOSUR, llevándose a cabo contactos que no permitieron llegar a una solución satisfactoria para resolver el planteamiento argentino.

16. En octubre de 2000 se iniciaron las Negociaciones Directas contempladas en el Capítulo II del Protocolo de Brasilia. Tras una serie de contactos que constan en autos, los Sres. Coordinadores del Grupo Mercado Común de Argentina y de Uruguay suscribieron, en el marco de las Reuniones de la Cumbre de Florianópolis celebradas en diciembre de 2000, el siguiente Entendimiento:

“La República Argentina y la República Oriental del Uruguay, celebran el presente Entendimiento relativo a la controversia planteada por la República Argentina a la República Oriental del Uruguay sobre “Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de la Lana otorgado por Uruguay, establecido por la Ley 13.695 de 1968 y Decretos complementarios con la normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona”. En tal sentido acuerdan lo siguiente:

1. La Republica Oriental del Uruguay eliminará gradualmente, para el comercio entre los Estados Partes del MERCOSUR el régimen de Estímulo a la industrialización de lana establecido por la Ley 13.695 de 1968 y Decretos complementarios, de conformidad con el siguiente cronograma y niveles de estímulo:

Desde 1° de julio de 2001	7%
Desde el 31 de diciembre de 2001	5%
Desde el 1° de julio de 2002	3%
Desde el 31 de diciembre de 2002	0%

2. Antes del 31 de marzo de 2001 la República Oriental del Uruguay completará las notificaciones internas y dictará los actos jurídicos internos necesarios que incluyan en forma integral el cronograma y los niveles acordados en el numeral anterior y que garanticen su cumplimiento.

3. Las Negociaciones Directas en curso entre ambos países, conforme al Capítulo II del Protocolo de Brasilia se darán por concluidas satisfactoriamente al cumplirse lo dispuesto en el presente Entendimiento. En caso contrario se proseguirá, sin más trámite, con los procedimientos previstos en el Protocolo de Brasilia”.

17. Tras el envío por Argentina a Uruguay de varias notas reclamando infructuosamente el cumplimiento del Entendimiento, y tratada la controversia por el Grupo Mercado Común en el marco de lo establecido en el Capítulo III del Protocolo de Brasilia, éste dio por concluida su intervención sin haberse alcanzado una solución al respecto en su Reunión Ordinaria XLIV (Montevideo, 4 y 5 de diciembre de 2001). Vuelto a solicitar infructuosamente a Uruguay, en el marco de una Reunión Bilateral celebrada en Buenos Aires en febrero de 2002, que procediera de forma urgente a eliminar la bonificación cuestionada, Argentina decidió iniciar el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia, quedando constituido el Tribunal en el tiempo y forma expuestos ut supra.

18. Las Conclusiones de Argentina giran en torno a dos cuestiones: por un lado, la incompatibilidad del estímulo y la bonificación previstos en la Ley uruguaya 13.695 y Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lana destinadas a los Estados Partes del MERCOSUR, con el Tratado de Asunción y la

Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94, sobre “Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del MERCOSUR”; por otro lado, el reconocimiento expreso por Uruguay de los efectos negativos del estímulo que concede a la lana para el comercio intra-Mercosur, así como de la necesidad de suprimirlo, al suscribir el Entendimiento de 13 de diciembre de 2000, cuyo incumplimiento habría implicado la violación de un compromiso internacional, generando en su contra, según se desprende del petitum (cfr. ut infra), la carga de tener que abonar la totalidad de las costas y costos del procedimiento arbitral.

19. Por lo que respecta a la primera de las cuestiones recién mencionadas, Argentina expone que el Tratado de Asunción, cuyo objetivo final es la conformación de un mercado común, impediría a los Estados Partes, habida cuenta de la necesidad de interpretar funcional o teleológicamente el Tratado en cuanto mecanismo de integración, adoptar medidas contrarias a dicho objetivo final, caso de aquellas dirigidas a limitar la libre circulación de mercancías o a alterar las condiciones adecuadas de competencia entre los agentes económicos. Recuerda a estos efectos que el artículo 1 del Tratado establece el propósito de coordinar, entre otras, las políticas sectoriales a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes. Recuerda asimismo que, conforme al artículo 2 del Tratado, el MERCOSUR está fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes; reciprocidad que resultaría violada desde el momento en que, en el comercio de lanas industrializadas en el mercado ampliado, solamente las exportaciones de esos productos de Uruguay están beneficiadas por un estímulo.

20. Expone también Argentina que, en el entendido de que los incentivos a la exportación generan ventajas para el país exportador en desmedro del país importador, el Consejo del Mercado Común aprobó la ya referida Decisión 10/94, cuyo artículo 1 consagra el compromiso de respetar, al otorgar incentivos a la exportación, las disposiciones del Acuerdo GATT sobre la materia (3), señalando que dichos incentivos deben ser compatibles con lo que la misma Decisión dispone en el resto de su articulado (regla ésta que según Argentina podría calificarse de “OMC plus”). Y del artículo 12 de la Decisión 10/94 se desprendería que en materia de incentivos a las exportaciones para el comercio intrazona, el MERCOSUR ha adoptado un criterio restrictivo al disponer dicho precepto que “los incentivos a las exportaciones no serán aplicables al comercio intrazona”, estableciendo a continuación como excepciones los casos de: a) financiamiento de exportaciones de bienes de capital a largo plazo otorgado en condiciones, de plazos y tasas de interés, aceptadas internacionalmente para operaciones equivalentes; b) la devolución o exención de impuestos indirectos pagados por los exportadores o acumulados a lo largo de las etapas de producción de los bienes exportados, siempre que el nivel del reintegro no exceda el monto de los

impuestos efectivamente pagados; y c) los regímenes aduaneros especiales.

21. Según Argentina, la bonificación cuestionada no encuadraría en ninguna de estas excepciones, habiendo incumplido Uruguay, además, la obligación que impone el artículo 2 de la misma Decisión 10/94 de celebrar las consultas correspondientes con los restantes socios del MERCOSUR respecto del mantenimiento del incentivo objeto de esta controversia. Añade Argentina, finalmente, que en el año 2000, en el marco del Relanzamiento del MERCOSUR, el Consejo del Mercado Común aprobó una Decisión, la 31/00, destinada a regular los diversos incentivos a la producción, a la inversión y a la exportación, cuyo artículo 1 distingue el tratamiento a dar, por una parte, a los incentivos a la producción y a la inversión, a cuyo respecto manifiesta la necesidad de limitar su uso, y por otra, a los relacionados con la exportación, respecto de los cuales expresa el compromiso de su eliminación, confirmando así lo establecido en el artículo 12 de la Decisión 10/94.

22. Considera por lo demás Argentina que si bien la controversia se circunscribe al contexto normativo del MERCOSUR, éste obliga a respetar los compromisos en materia de subvenciones a la exportación del GATT/OMC en forma compatible con lo dispuesto en la propia Decisión 10/94. Y pese a asumir que las normas especiales prevalecen sobre las generales, estima conveniente hacer un análisis de la normativa GATT/OMC, expresando que, de acuerdo con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, la bonificación constituye una subvención prohibida, siendo en el caso, además, específica de acceso limitado a una rama de la producción y que el artículo 80 de la Ley 13.695 constituye una prueba positiva de ese hecho.

23. Por otro lado, y pese a que en su criterio no resulta necesario referirse a los efectos perjudiciales para su industria de productos industrializados de lana derivados del otorgamiento de la bonificación a las exportaciones uruguayas de estos productos, presenta Argentina, para el caso de que el Tribunal Arbitral interpretara que resulta necesario el análisis de esa situación, datos que demuestran el perjuicio económico.

24. Respecto del Entendimiento suscrito el 13 de diciembre de 2000, segunda cuestión sobre la que, como se señaló, giran sus Conclusiones, Argentina considera que es un compromiso jurídico que ha sido severamente incumplido, apartándose de la regla pacta sunt servanda y del principio de buena fe, por Uruguay, cuya conducta manifiesta una continua e ininterrumpida aprobación de decretos que prorrogan el estímulo a la exportación otorgado a los productores laneros uruguayos. Trae también a colación Argentina, además, una serie de notas remitidas por las autoridades uruguayas en el marco de las negociaciones previas y directas que, considera, reconocen

expresamente la existencia del incentivo cuestionado y su incompatibilidad con la normativa del MERCOSUR, lo que, a su parecer, le eximiría de presentar pruebas tendentes a demostrar la naturaleza del incentivo otorgado por la Ley 13.695 y su incompatibilidad con la Decisión 10/94.

Sobre la base de tal fundamentación, Argentina solicita:

25. Que el Tribunal,

“I. Disponga y requiera a la República Oriental del Uruguay que en un plazo de quince días proceda a:

- 1) Eliminar totalmente el estímulo y la bonificación establecidos por la Ley 13.695 de 1968 y sus decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lanas destinadas a los Estados Partes del MERCOSUR cumpliendo así lo establecido por el artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94 y la normativa MERCOSUR aplicable.
- 2) Dictar las normas jurídicas internas y adoptar todos los actos reglamentarios y administrativos necesarios para asegurar la efectiva eliminación requerida en el numeral anterior.
- 3) Abstenerse de establecer en el futuro todo otro incentivo o medida de carácter equivalente que, alterando las condiciones de competencia en el sector de industrialización de la lana, viole el Tratado de Asunción y la normativa derivada de él.

II. Que, en atención al incumplimiento en que ha incurrido la República Oriental del Uruguay respecto del Entendimiento suscrito entre ambos países el 13 de diciembre de 2000, disponga que las costas y costos de este procedimiento arbitral sean abonados en su totalidad por la República Oriental del Uruguay”.

Para fundamentar su defensa, Uruguay sostiene:

26. En primer lugar, que no ha violado disposición alguna del Tratado de Asunción, que debe interpretarse no sólo funcional o teleológicamente, sino también lógico-sistemáticamente, esto es, atendiendo a los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio consagrados en el Preámbulo, que deberían presidir la progresiva concreción, a través de la normativa vinculante emanada de los órganos del MERCOSUR, de los enunciados programáticos y principios generales que esencialmente encierra el cuerpo de dicho Tratado, que reuniría inequívocamente las características de un “tratado marco”; en segundo lugar, que tampoco ha violado la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94 en lo referente a la no aplicación de incentivos a la exportación en el comercio intrazona, al haber quedado ésta sujeta a

condición suspensiva en virtud de la Decisión del mismo Consejo 31/00, que no hace sino plasmar el propósito de armonización, equilibrio y gradualismo que inspira la configuración del MERCOSUR; y, en tercer lugar, considera Uruguay que el Entendimiento de 13 de diciembre de 2000 no puede constituirse en objeto de la controversia, amén de que Argentina habría alterado sustancialmente las condiciones existentes con ocasión de su firma al disponer, entre otras, medidas de análoga naturaleza a aquélla que Uruguay se había comprometido a dismantelar, aflorando así en su argumentación una *exceptio non adimpleti contractus* o “excepción de inejecución” que generaliza, ya expresamente y con carácter subsidiario, para el caso de que el Tribunal considerase que el actual mantenimiento de la medida cuestionada en la controversia viola el artículo 12 de la Decisión 10/94.

27. Por lo que se refiere al primero de los argumentos recién referidos, Uruguay descarta la violación del Tratado de Asunción invocada por Argentina, resaltando al efecto la trascendencia de la distinción entre normas programáticas, directrices generales y principios orientadores, y aquellas que constituyen normas de obligatoriedad inmediata: mientras que las primeras (entre las que habría que incluir las contenidas en el Capítulo I del Tratado, y específicamente en sus artículos 1 y 2) no serían en sí mismas exigibles mientras no se plasmen en normas preceptivas y concretas, dentro de las previsiones y del objeto y fin del Tratado, las segundas sí serían directamente operativas y por ende exigibles.

28. En cuanto a la presunta violación del artículo 12 de la Decisión 10/94, comienza Uruguay por sostener que dicha norma debe interpretarse a la luz de los principios que caracterizan el proceso de constitución del Mercado Común, principios entre los que destacan, según el Preámbulo del Tratado de Asunción, su articulado “y diversos documentos del MERCOSUR”, los de gradualidad, flexibilidad y equilibrio. A partir de tal premisa, defiende que la Decisión 10/94 contiene elementos que permiten advertir el propósito de ir conformando el proceso de integración de manera gradual y equilibrada, tratando de armonizar los distintos intereses de los Estados Partes en el tránsito hacia la constitución del Mercado Común. Dicho propósito se pondría de manifiesto a través tanto del propio nomen juris de la norma (que se refiere a la “Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del Mercosur”) como del contenido de varias de sus disposiciones (mencionando al efecto el artículo 2, relativo a las consulta para la creación de incentivos; el artículo 14 relativo a que cuando un Estado Parte se viera afectado por la aplicación de incentivos, “presentará a la Comisión de Comercio del Mercosur, los elementos probatorios a fin de que dicho organismo, luego de evaluar la documentación presentada y en un plazo no superior a los noventa días, eleve sus conclusiones al Grupo Mercado Común”; y el propio artículo 12 que autoriza la aplicación del régimen de devolución o

exención de impuestos indirectos, estableciendo que las mismas podrán ser aplicables al comercio intrazona, “hasta que queden armonizadas las condiciones que garanticen un tratamiento tributario en forma igualitaria a las producciones localizadas en el ámbito del Mercosur”).

29. Añade Uruguay que dicho propósito de armonización, equilibrio y gradualismo se torna evidente en la Decisión 31/00, que prevé propuestas para establecer disciplinas comunes -mecanismos de armonización, en definitiva- respecto de los incentivos a las inversiones, a la producción y a la exportación, disponiendo en relación a estos últimos que dichas propuestas deberán “incluir disciplinas para eliminar el uso de los incentivos a las exportaciones intrazona”; y subraya, asimismo, que existirían actualmente en los distintos Estados Partes del MERCOSUR incentivos a la producción cuyos efectos análogos a los incentivos a la exportación convierten en asimétrica la eliminación exclusiva de estos últimos.

30. La referida adopción por la Decisión 31/00 del criterio de armonización y coordinación en relación a los incentivos “incluso en relación a los incentivos a la exportación de aplicación en el comercio intrazona-”, derivaría también, según Uruguay, de la instrucción por el Consejo al Grupo Mercado Común para la elaboración de una propuesta para establecer disciplinas comunes, habiendo prorrogado el Consejo el plazo para elaborar dicha propuesta, mediante Decisión 16/01, el que recién vence el 31 de mayo de 2003. De ahí que, según estima Uruguay, la exigibilidad de lo dispuesto por el artículo 12 de la Decisión 10/94, en el sentido de la no aplicación de incentivos a la exportación en el comercio intrazona, haya quedado sujeta a una condición suspensiva. Recuerda asimismo que Argentina presentó a la Reunión de Coordinadores del Grupo Mercado Común de 21 y 22 de febrero de 2001 una propuesta de “Lineamientos para el disciplinamiento de incentivos”, que incluiría incentivos a las exportaciones intrazona que no se encontraban permitidos por el Artículo 12 de la Decisión 10/94, tales como los “beneficios financieros a las exportaciones de bienes de consumo destinados a intrazona, a tasas de interés, condiciones y plazos, que no reflejen el costo de obtención de los fondos en el mercado”. Concluye Uruguay afirmando que, en definitiva, si bien es cierto que la Decisión 31/00 ratifica que el destino de los incentivos a las exportaciones intrazona es su eliminación -reiterando de tal forma la voluntad manifestada en la Decisión 10/94-, lo que no puede ignorarse es que aquélla dispone que dicha eliminación se lleve a cabo a través de disciplinas propuestas por el Grupo Mercado Común, a cuyo efecto se habría fijado un plazo aún no vencido.

31. Sostiene Uruguay que, por lo demás, la necesaria cuadrilateralidad del proceso de armonización, y con ella los principios de reciprocidad y equilibrio, podría verse afectada como consecuencia, como pretende Argentina, de la dilucidación de la problemática en cuestión por vía

bilateral, pues ello colocaría a Uruguay en condición de inferioridad con relación a los socios comerciales, que también poseen incentivos a las exportaciones intrazona.

32. Por lo que se refiere al incumplimiento del Entendimiento de 13 de diciembre de 2000 alegado por Argentina, Uruguay considera que, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo de Brasilia, en las controversias sometidas al mismo no pueden invocarse supuestas violaciones ajenas al referido ámbito, por lo que no pueden ser objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal (tornando por ello inaceptable por infundada la pretensión de que las costas y costos del procedimiento sean abonados por Uruguay).

33. Añade Uruguay que, sin perjuicio de lo anterior, el Entendimiento fue suscrito por las Partes con posterioridad a la Decisión 31/00, asumiendo el criterio de gradualismo y flexibilidad inspiradores del proceso de integración regional y atendiendo al espíritu de dicha Decisión que preveía para los incentivos a la exportación aplicables en el comercio intrazona un disciplinamiento aún en vías de implementación. Considera por ello que en ningún caso podría interpretarse el compromiso asumido por Uruguay en el Entendimiento como un reconocimiento de su violación del artículo 12 de la Decisión 10/94.

34. Argumenta Uruguay, por otro lado, que la no ejecución del cronograma de desmantelamiento previsto en dicho Entendimiento responde a una inexplicable conducta de Argentina, traducida en la adopción, una vez suscrito aquél y aun antes de que Uruguay tuviera que dar cumplimiento a la primera etapa de dicho cronograma, de diversas medidas que habrían alterado radicalmente las condiciones de competitividad, entre ellas alguna de naturaleza análoga a la que Uruguay se había comprometido a desmantelar. De ahí que, según Uruguay, la pretensión argentina respecto del efectivo cumplimiento del Entendimiento no compadecería ni con el principio de buena fe y los principios de equilibrio y reciprocidad inspiradores del proceso de integración, ni con el objetivo de la armonización inherente a las relaciones entre los Estados Partes.

35. Defiende finalmente Uruguay, con carácter subsidiario, que, para el caso de que el Tribunal considerara que el mantenimiento de la bonificación cuestionada es contrario al artículo 12 de la Decisión 10/94, los incumplimientos recién referidos en que incurrió Argentina imposibilitarían a ésta para exigir su pretensión en razón de la exceptio non adimpleti contractus o “excepción de inejecución”. En apoyo de su argumentación, Uruguay sostiene que este principio de Derecho privado, familiar a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y también reconocido en el ámbito del Derecho Internacional (invocando al respecto el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (4), similar al artículo 60 de la Convención de

Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986), estaría contenido y consentido en el mismísimo artículo 2 del Tratado de Asunción.

Sobre la base de tal fundamentación, Uruguay solicita:

36. Que el Tribunal “rechace in totum la pretensión de la República Argentina-declarándose que en la especie la República Oriental del Uruguay no ha incurrido en incumplimiento alguno de la normativa MERCOSUR”.

V. Presentación por Uruguay en el curso de la audiencia del Decreto del Poder Ejecutivo 121/003.

37. En la audiencia celebrada el 2 de abril de 2003, la representación uruguaya presentó copia debidamente acreditada del Decreto del Poder Ejecutivo 121/003, fechado el 28 de marzo y pendiente de publicación oficial, en el que se dispone:

“Artículo 1.- Elimínase la bonificación establecida por el artículo 80 de la Ley núm. 13.695, de 24 de octubre de 1968.

Artículo 2.- Lo dispuesto regirá para las exportaciones realizadas a partir del 1 de julio de 2003”.

38. Sostuvo la representación uruguaya que la aprobación del referido Decreto implicaba la pérdida sobrevenida del objeto del proceso y, subsidiariamente y para el caso de que no fuera así considerado por el Tribunal, que éste, de estimar atendible el punto I del petitum argentino, ampliara a tres meses el plazo para proceder a la ejecución del laudo.

39. Argentina, por su parte, mantuvo invariable su petitum, subrayando la importancia, en aras de la seguridad jurídica y de la transparencia, de un laudo estimatorio de su pretensión.

40. El referido Decreto fue publicado en el Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay núm. 26.231, de 3 de abril de 2003.

FUNDAMENTOS

VI. Sobre la incompatibilidad del estímulo y la bonificación previstos en la Ley uruguaya 13.695 y Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lana destinados a los

Estados Partes del MERCOSUR, con el artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94, y la plena vigencia de éste.

41. Según establece el artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94, sobre “Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del MERCOSUR”,

“Los incentivos a las exportaciones no serán aplicables al comercio intrazona, con las excepciones enunciadas seguidamente:

- a) financiamiento a las exportaciones de bienes de capital a largo plazo: podrá otorgarse bajo las condiciones expuestas en el artículo 4 (5) ;
- b) devolución o exención de impuestos indirectos: podrán reintegrarse o eximirse en las condiciones previstas en los artículos 5 (6) y 6 (7) , hasta tanto queden armonizadas las condiciones que garanticen un tratamiento tributario en forma igualitaria a las producciones localizadas en el ámbito del Mercosur;
- c) regímenes aduaneros especiales: podrán ser concedidos bajo las condiciones establecidas en los artículos 9(8) , 10 (9) y 11 (10), para los insumos, partes o piezas utilizados en la elaboración de bienes sujetos a las disposiciones de los párrafos primero y segundo del artículo 12 referido al Ámbito de Aplicación del Régimen de Origen MERCOSUR. La Comisión de Comercio del MERCOSUR analizará los alcances y limitaciones de la utilización de estos regímenes en el comercio intraregional y propondrá los ajustes que resultaren necesarios para preservar la protección derivada del Arancel Externo Común”.

42. El artículo 1 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 31/00, sobre “Relanzamiento del MERCOSUR. Incentivos a las inversiones, a la producción y a la exportación, incluyendo zonas francas, admisión temporaria y otros regímenes especiales”, expone, por su parte, la decisión del Consejo de:

“Instruir al Grupo Mercado Común a elaborar una propuesta para establecer disciplinas comunes relacionadas con la utilización de incentivos a las inversiones, a la producción y a la exportación.

Esta propuesta deberá incluir disciplinas para la limitación del uso de los incentivos a la producción y a la inversión que crean distorsiones en la asignación de recursos en el ámbito subregional. Asimismo, deberá incluir disciplinas para eliminar el uso de los incentivos a las exportaciones intrazona.

El Grupo Mercado Común considerará la propuesta antes del 31 de marzo de 2001 y la elevará a la siguiente Reunión Ordinaria del Consejo del mercado Común, incluyendo las fechas a partir de las cuales se instrumentarán las disciplinas en materia de incentivos a la producción, a la exportación y a la inversión”.

43. En virtud, finalmente, del artículo 3 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 16/01, sobre “Prórroga de plazos”, el Consejo dispuso: “Prorrogar hasta el 31 de mayo de 2003, el plazo previsto en el artículo 1 de la Decisión CMC 31/00 para que el Grupo Mercado Común elabore una propuesta para establecer disciplinas comunes relacionadas con la utilización de incentivos a las inversiones, a la producción y exportación intrazona, en los términos del párrafo 2 del referido dispositivo. La referida propuesta deberá ser elevada a consideración en la XXIV Reunión del CMC”.

44. En lo concerniente al Tratado de Asunción, establece en su artículo 1:

“Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que debe estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará «Mercado Común del Sur» (MERCOSUR).

Este Mercado Común implica:

La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente:

El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económicos comerciales regionales e internacionales;

La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;

El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

45. Conviene aclarar, en primer lugar, que entre los objetivos y fines del Tratado de Asunción, figura el firme compromiso de los Estados Partes de coordinar sus respectivas políticas “a fin “como señala el precepto recién transcrito- de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes”; compromiso que se hizo parcialmente realidad a través de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94, destinada a hacer operativa la voluntad de los Estados Partes de crear un marco jurídico propicio para la efectiva constitución de un mercado común, como claramente se desprende del artículo 1 del Tratado, a cuya luz debe interpretarse la Decisión 10/94, particularmente su artículo 12.

46. Es, pues, a la luz de ambas disposiciones manejadas conjuntamente, el artículo 1 del Tratado de Asunción y el 12 de la Decisión 10/94, de donde debe partir el enjuiciamiento por este Tribunal, vinculando así la vulneración del objeto y fin del Tratado con la de la normativa adoptada en consecuencia, que es la que, en definitiva, entiende Argentina frontalmente infringida por Uruguay, tal y como se desprende del petitum mismo, en el que la única disposición específica y expresamente citada como vulnerada es el artículo 12 de la Decisión 10/94.

47. Sentado lo anterior, hay que dilucidar, en primer lugar, si efectivamente el estímulo y la bonificación previstos en la Ley uruguaya 13.695 y Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lana destinados a los Estados Partes del MERCOSUR, resultan o no contrarios al artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94.

48. Recordemos al efecto que el artículo 80 de la Ley 13.695 dispone: “Bonifíquese en un 22 % del valor FOB declarado en las exportaciones de tejidos en piezas o en confecciones. El Banco de la República entregará a las fábricas elaboradoras de tejidos o confecciones exportadas en cada caso, el monto resultante de la bonificación, siempre que se encuentren al día en sus obligaciones con los organismos de Previsión Social y con la Dirección General Impositiva. Cuando las fábricas tengan deudas con dichos organismos, el Banco de la República verterá la bonificación hasta el importe de la deuda en la cuenta que aquellas empresas tengan en dichas instituciones. El Ministerio de Hacienda pondrá a disposición del Banco de la República las cantidades necesarias para cubrir la bonificación establecida por este artículo, con cargo al producido del impuesto que se crea por el artículo 79”.

El artículo 79 de la misma Ley, por su parte, establece:

“Créase un impuesto a las exportaciones de lanas, que regirá a partir del 1/10/69, y que se liquidará sobre el valor del aforo de exportación de lana sucia, según los coeficientes de contenido en lana sucia que a tales efectos establezca el Poder Ejecutivo, sobre los productos que se enumeran, de acuerdo a las siguientes tasas: a) 4 % para lanas sucias; 2,5 % para lanas sucias desbordadas y c) 1,5 % para lanas lavadas-”.

49. Recordemos también que por Ley 14.926, se facultó al Poder Ejecutivo a reducir a tasas menores o a eliminar totalmente la bonificación establecida por el artículo 80 de la Ley 13.695, y que dicha eliminación se previó en los Decretos 287/93 primero y 294/94 después, estableciendo éste que el incentivo quedaría eliminado a partir del 1 de mayo de 1995. No obstante lo cual, el Poder Ejecutivo procedió a prorrogar dicha fecha mediante Decretos sucesivos, manteniéndose en la actualidad la bonificación en un porcentaje del 9 % del valor FOB declarado en las exportaciones de tejidos en piezas o en confecciones.

En efecto, haciendo uso de la habilitación parlamentaria en su favor, el Poder Ejecutivo procedió a partir de 1988, mediante sucesivos Decretos, a una reducción gradual del porcentaje de 22 % previsto en el artículo 80 de la Ley 13.695, hasta quedar fijado en un 9 % en el año 1992; desde entonces, dicho porcentaje del 9 % se ha prorrogado ininterrumpidamente.

50. En ningún momento discute Uruguay que nos encontramos ante un incentivo a la exportación tal y como sostiene Argentina, que advierte al efecto que el artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC define el concepto de subvención en los siguientes términos:

“1.1. A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:

- a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Estado miembro,(-), es decir:
 - i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);
 - ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales);
 - iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios “que no sean de infraestructura general- o compre bienes;
 - iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias funciones descritas en los incisos 1) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y en la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos,
- o
- a) 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994;
- b) con ello se otorgue un beneficio”.

51. Como sostiene Argentina y no rebate Uruguay, los pagos que realiza el Gobierno uruguayo a las empresas exportadoras “canalizados a través del Banco de la República- en concepto de bonificación a las exportaciones que involucren tejidos o confecciones, constituyen una subvención de acuerdo a la definición que sobre ella contiene el recién transcrito precepto, habida cuenta que: 1) existe una contribución financiera en la medida en que representa una transferencia directa de fondos; 2) la intervención del Gobierno se materializa a través de una entidad de naturaleza pública “el Banco de la República Oriental del Uruguay- responsable de ejecutar los pagos a los operadores; y 3) el beneficio se puede medir por los montos resultantes del porcentaje de la bonificación establecida en la Ley 13.695, que permite a los

exportadores uruguayos obtener ingresos mayores de los que resultarían al concretar sus ventas al exterior sin incorporar la referida contribución.

52. Asumido, pues, que estamos ante un incentivo a la exportación, y que el incentivo en cuestión no encuadra, como sostiene Argentina y no rebate Uruguay, en alguna de las excepciones enunciadas en el artículo 12 de la Decisión 10/94, del preciso mandato de dicho precepto (“los incentivos a las exportaciones no serán aplicables al comercio intrazona”) se desprende que la bonificación discutida infringe lo dispuesto en dicho precepto.

53. Declarada la vulneración del artículo 12 de la Decisión 10/94, debe analizarse a continuación si, como alega Uruguay, la exigibilidad de lo en él dispuesto, en el sentido de la no aplicación de incentivos a la exportación en el comercio intrazona, ha quedado sujeta a condición suspensiva en virtud de la Decisión del Consejo del Mercado Común 31/00.

54. Como se desprende de la propia rúbrica de la Decisión 31/00, “Relanzamiento del MERCOSUR”, los Estados Partes, reafirmando en el Preámbulo su voluntad manifestada en el Tratado de Asunción de constituir un mercado común, pretendieron dar un paso más en tal dirección, avanzando en lo que aquí importa, por un lado, en la armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del MERCOSUR, incluida la armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones intrazona permitidos, por vía de excepción, por el artículo 12 de la Decisión 10/94; y, por otro lado, en la seguridad jurídica y la transparencia respecto de los demás incentivos a las exportaciones intrazona excluidos del sistema de integración por cuanto no previstos en las excepciones enunciadas en dicho artículo 12. Es en este, y no en otro sentido, como debe entenderse la Decisión del Consejo del Mercado Común, plasmada en el artículo 1 de la Decisión 31/00, de “instruir al Grupo Mercado Común a elaborar una propuesta para establecer disciplinas comunes relacionadas con la utilización de incentivos a las inversiones a la producción y a la exportación”; propuesta que, por lo que respecta concretamente a estas últimas, “deberá incluir disciplinas para eliminar el uso de los incentivos a las exportaciones intrazona”.

55. Consecuencia de ello, el Consejo del Mercado Común, lejos de pretender someter, implícitamente, la clara y precisa prohibición del artículo 12 de la Decisión 10/94 en lo concerniente a los incentivos a las exportaciones intrazona no incluidas en las excepciones en él enunciadas, a una condición suspensiva consistente en supeditar la referida prohibición a ulteriores intervenciones normativas cuyas a partir de las propuestas al respecto elaboradas por el Grupo Mercado Común, quiso -y así lo hizo- reafirmar dicha prohibición,

comprometiéndose a facilitar su mayor eficacia a través de oportunos disciplinamientos dirigidos a reforzar la seguridad y la transparencia en su operatividad, e incluso avanzar y profundizar en ella, abordando la progresiva eliminación de las excepciones vigentes.

56. En virtud de lo cual, procede declarar la incompatibilidad del estímulo y la bonificación previstos en la Ley uruguaya 13.695/68 y Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lana destinados a los Estados Partes del MERCOSUR, con el artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94, y la plena vigencia de éste.

VII. Sobre el incumplimiento por Uruguay del Entendimiento de 13 de diciembre de 2000, relativo a la controversia planteada por la República Argentina a la República Oriental del Uruguay sobre “Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de la Lana otorgado por Uruguay, establecido por la Ley 13.695 de 1968 y Decretos complementarios con la normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona”.

57. El incumplimiento de los Entendimientos que, como en el caso que nos ocupa, puedan suscribirse en el marco de las Negociaciones Directas entabladas sobre la base del Capítulo II del Protocolo de Brasilia, tiene por efecto, en principio y al igual que las Recomendaciones que el Grupo Mercado Común puede emitir sobre la base del Capítulo III del mismo Protocolo, habilitar la fase siguiente del procedimiento (11).

58. Dichas negociaciones entre los Estados Partes implicados en una controversia son imprescindibles para permitir, de no llegar a buen término, el paso a la siguiente fase, representada por la intervención del Grupo Mercado Común; y, como se ha sostenido, “será el tercero llamado a intervenir “en nuestro caso, el Grupo Mercado Común- el que habrá de pronunciarse sobre la eventual excepción del previo agotamiento de la vía diplomática alegada por una de las partes” (12).

59. Uruguay no puso en su momento en tela de juicio la cláusula tercera del Entendimiento (conforme a la cual, recordemos, “Las Negociaciones Directas en curso entre ambos países, conforme al Capítulo II del Protocolo de Brasilia se darán por concluidas satisfactoriamente al cumplirse lo dispuesto en el presente Entendimiento. En caso contrario se proseguirá, sin más trámite, con los procedimientos previstos en el Protocolo de Brasilia”), por lo que fue procedente el paso a la intervención del Grupo Mercado Común.

60. Sentado lo cual, y sin necesidad de prejuzgar si el comportamiento de las Partes en el marco de las Negociaciones Directas pudiera tener consecuencias a los efectos de una posible condena en costas y costos, es lo cierto que este Tribunal no ha observado actitud alguna por lo que

respecta a Uruguay que le haga merecedora, tal y como solicita Argentina, de un pronunciamiento en el sentido de que las costas y costos de este procedimiento arbitral sean abonados por aquélla en su totalidad como consecuencia del incumplimiento del Entendimiento suscrito el 13 de diciembre de 2000.

VIII. Sobre la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de inejecución alegada por Uruguay.

61. Como quedó expuesto en los antecedentes (punto 35), alega Uruguay, para el caso, como sucede, de que el Tribunal considerase que el mantenimiento de la medida cuestionada viola el artículo 12 de la Decisión 10/94, que “corresponde concluir que Argentina está inhabilitada para promover la presente controversia por aplicación de incentivos a la exportación en el comercio intrazona, cuando ella misma no sólo aplica diversos incentivos de igual naturaleza-sino que alguno de ellos ha sido extendido al comercio intrazona con posterioridad a la Decisión 31/00”

62. Esta *exceptio non adimpleti contractus* o “excepción de inejecución”, como recordara el Laudo sobre la aplicación del IMESI (Impuesto Específico Interno) a la comercialización de cigarrillos (13), “es una regla que se dedujo y se introdujo en el derecho internacional a partir de su lejano origen en el derecho romano. Mas su aplicación en derecho internacional está sometido a restricciones y cautelas mucho mayores que la utilizada en contratos privados y eso deviene de la naturaleza especial de los tratados que, si tienen aspectos contractuales, también los tienen normativos”. Sentado lo cual, y tras advertir que “esta excepción es muy próxima, en su naturaleza, a la represalia”, concluyó afirmando: “No tiene sentido, en un proceso de integración, que se recurra a la retorsión. Por eso mismo, hay mecanismos de solución de disputas que permiten la aplicación, por medio del derecho, de sanciones adecuadas. La *exceptio non adimpleti contractus* tiene el alcance más limitado que se pueda imaginar dentro de una organización regional que visa tornarse en un mercado común, porque en ella lo que se busca es la concreción de una situación de derecho para que sea más pronunciada aún de lo que es en el derecho internacional público”.

63. Sin perjuicio de que la *exceptio non adimpleti contractus*, que Uruguay extrae sustancialmente del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no se entiende pueda resultar extensiva a situaciones que no encuadren en los extremos específicamente contemplados en dicho texto, y en particular, no se entiende pueda resultar extensiva a normativa derivada de la intervención de órganos creados en el seno de un sistema de integración regional con poderes para la elaboración de reglas comunes, lo cierto es que el ordenamiento jurídico del MERCOSUR (que no hay duda que puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su

plenitud, habida cuenta de que estamos, como se ha descrito (14), ante un ordenamiento “organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlas, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones”) ha previsto una vía específica para reaccionar frente a infracciones al mismo por los Estados Partes, vía que no es otra que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia.

64. En efecto, según el artículo 43 del Protocolo de Ouro Preto, “las controversias que surgieran entre los Estados Partes-serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia”; Protocolo este que los Estados Partes adoptaron, según reza su Preámbulo, “reconociendo la importancia de disponer de un instrumento eficaz para asegurar el cumplimiento del mencionado tratado “de Asunción- y de las disposiciones que de él deriven” y “convencidos de que el sistema de solución de controversias contenido en el presente Protocolo contribuirá al fortalecimiento de las relaciones entre las Partes sobre la base de la justicia y de la equidad”.

65. Así pues, el Protocolo de Brasilia se adoptó no sólo para dar, sin más, cumplimiento formal a lo dispuesto en el artículo 3 (15) y en el Anexo III (16) del Tratado de Asunción, sino en el convencimiento de que el mismo serviría para fortalecer las relaciones entre las Partes basadas en la justicia y la equidad, así como en la reciprocidad (17) entendida desde la lealtad hacia el sistema de integración (18). No es preciso, en consecuencia, que estemos ante un “derecho comunitario pleno” (19) para excluir el mecanismo de autotutela del ordenamiento jurídico del MERCOSUR (y no otra cosa es, en última instancia, la *exceptio non adimpleti contractus* (20)). Antes al contrario, basta para su exclusión con que los Estados Partes hayan previsto, como es el caso del MERCOSUR, un marco específico para solucionar sus controversias, que supedita la adopción de medidas de represalia al incumplimiento del correspondiente laudo (21); marco específico que, junto con el sistema visto en su conjunto desde el mencionado prisma de la lealtad hacia la propia estructura regional y hacia todos los Estados Partes, se vería igualmente defraudado si se permitiera amparar incumplimientos propios en incumplimientos ajenos por la vía de la *exceptio non adimpleti contractus*.

66. Procede así desestimar la *exceptio non adimpleti contractus* o “excepción de inejecución” alegada por Uruguay, habida cuenta que el ordenamiento jurídico del MERCOSUR se ha provisto de un cauce específico para hacer frente a las infracciones de su normativa por los Estados Partes que supedita, en las relaciones interestatales, la adopción de medidas de defensa frente a tales infracciones a la previa declaración de incumplimiento del laudo declarativo de la infracción en su caso emitido por el correspondiente Tribunal ad hoc, al efecto constituido conforme al Protocolo de Brasilia.

IX. Sobre la incidencia en el proceso del Decreto del Poder Ejecutivo de la República Oriental del Uruguay 121/003.

67. Según se expuso en los antecedentes, la representación uruguaya presentó en el curso de la audiencia copia debidamente acreditada del Decreto del Poder Ejecutivo 121/003, fechado el 28 de marzo y pendiente de publicación oficial, en el que se dispone:

“Artículo 1.- Elimínase la bonificación establecida por el artículo 80 de la Ley núm. 13.695, de 24 de octubre de 1968.

Artículo 2.- Lo dispuesto regirá para las exportaciones realizadas a partir del 1 de julio de 2003”.

Dicho Decreto fue publicado en el Diario Oficial núm. 26.231, de 3 de abril de 2003.

68. Considera el Tribunal que la publicación del referido Decreto, como sostuvo Argentina en la audiencia, no implica la desaparición sobrevenida del objeto del proceso, en la medida en que el propio Decreto pospone la eliminación de la bonificación establecida en la Ley 13.695, por lo que a las exportaciones se refiere, al 1 de julio de 2003.

69. Por otro lado, del petitum de Argentina se desprende su pretensión de obtener un pronunciamiento por el que se disponga la eliminación, en un plazo de quince días, de la bonificación establecida en la Ley 13.695 y sus Decretos complementarios por lo que a las exportaciones intrazona se refiere; y solicita Argentina que ello se disponga, precisamente, como consecuencia de su incompatibilidad con la normativa MERCOSUR, impidiendo así que Uruguay pueda restablecer en el futuro un incentivo como el discutido en este proceso.

70. Por lo expuesto, debe declararse, sin entrar en mayores disquisiciones, que en nada ha alterado el objeto del proceso la publicación en el Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay del Decreto del Poder Ejecutivo 121/003.

X. Sobre la buena fe procesal de las Partes a lo largo del procedimiento arbitral.

71. Como quedó expuesto en los antecedentes, el Tribunal tuvo que suspender hasta tres veces el proceso a petición de ambas Partes; finalmente, en ausencia de las condiciones mínimas indispensables para desarrollar debidamente la función encomendada ante la falta de habilitación por las Partes de los medios necesarios al respecto, y previa advertencia por el Presidente de que tal conducta omisiva podía incidir en el pronunciamiento acerca de las costas y costos del proceso, el Tribunal decidió suspender de oficio el mismo hasta que se dieran las mencionadas condiciones para su correcto desenvolvimiento.

72. Consta en autos que Argentina se dirigió hasta en seis ocasiones a Uruguay para que asumiera la habilitación de los medios necesarios para el funcionamiento del Tribunal que, de buena fe, le correspondía, y que en todas ellas obtuvo el silencio por respuesta; situación esta que fue finalmente remediada por Argentina asumiendo las cargas inherentes al proceso que habían provocado su paralización.

73. Según el artículo 24 del Protocolo de Brasilia,

“1. Cada Estado parte en la controversia sufragará los gastos ocasionados por la actuación del árbitro por él nombrado.

2. “El Presidente del Tribunal Arbitral recibirá una compensación pecuniaria, la cual, juntamente con los demás gastos del Tribunal Arbitral, serán sufragados en montos iguales por los Estados partes en la controversia, a menos que el Tribunal decidiera distribuirlos en distinta proporción”.

74. Pues bien, ante la ausencia de justificación alguna de su comportamiento por parte de Uruguay tanto a lo largo de la fase escrita como con ocasión de la audiencia, el Tribunal, haciendo uso de la prerrogativa que le reconoce el apartado 2 del artículo 24 del Protocolo de Brasilia, considera que corresponde a Uruguay sufragar la totalidad de las costas y costos de dicho proceso en los términos del referido artículo 24, esto es, la totalidad de las costas y costos del proceso excluidos (apartado 1) los gastos ocasionados por la actuación de los árbitros nombrados por cada Parte, que a cada Parte corresponderá sufragar.

75. Por lo expuesto, el Tribunal, haciendo uso de la prerrogativa prevista en el artículo 24.2 del Protocolo de Brasilia, dispone que Uruguay se haga cargo de los gastos habidos en este proceso arbitral, salvo los derivados de la actuación de los árbitros nacionales de las partes por ellas nombrados, que deberán ser sufragados, conforme establece el artículo 24.1 del referido Protocolo: por Uruguay los gastos correspondientes al árbitro uruguayo, y por Argentina los gastos correspondientes al árbitro argentino.

DECISIÓN

Por todo lo expuesto, este Tribunal, por unanimidad, decide:

Primero.- Que la República Oriental del Uruguay proceda a eliminar la bonificación establecida por la Ley 13.695 y sus Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lanas destinadas a los Estados Partes del MERCOSUR, por cuanto contraria al artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94. Dicha eliminación deberá ser efectiva dentro de los quince días siguientes a la notificación a las Partes contendientes del presente

Laudo, sin que proceda pronunciamiento alguno sobre comportamientos futuribles por parte de la República Oriental del Uruguay.

Segundo.- Que los gastos del procedimiento arbitral sean sufragados por las Partes en la controversia de acuerdo con el artículo 24 del Protocolo de Brasilia y de la siguiente forma:

- a) Cada Estado contendiente se hará cargo de los gastos ocasionados por la actuación del Árbitro por él nombrado.
- b) La compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados por la República Oriental del Uruguay.
- c) Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR dentro de los sesenta días siguientes a la notificación del presente Laudo.

Tercero.- Que las actuaciones de esta instancia arbitral sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, quedando bajo su custodia.

Cuarto.- Que se proceda a la notificación de este Laudo a la República Argentina y a la República Oriental del Uruguay, partes en la controversia, por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

Dr. Ricardo Alonso García
Árbitro Presidente

Dr. Enrique Barreira
Árbitro

Dr. Eduardo Mezzera
Árbitro

NOTAS

1 TAHM: asunto 1/03, estímulo a la industrialización de lana, 04.04.2003. Su texto puede compulsarse en BOM N° --/2003, y en RDIM 2003---, pgs. xxx-xxxx.

2 “Artículo 13.- Presentación de Estados Partes que son terceros en la controversia.

(1) Una vez que la Parte Reclamada hubiere formulado respuesta al escrito de presentación, el Tribunal invitará a los Estados Partes en la controversia a fin que, en un plazo de cinco días, manifiesten si se oponen a que los Estados Partes que son terceros en la controversia puedan presentarse a fin de intervenir en la misma con el alcance del presente artículo.

(2) Transcurrido el plazo del apartado (1) sin que se manifieste oposición, el Tribunal invitará a los Estados Partes terceros en la

controversia a que presenten escritos que deberán limitarse a dar a conocer al Tribunal sus puntos de vista con relación a la interpretación de las Normas del Mercosur que hubieren sido invocadas por los Estados Partes en la controversia.

(3) Los escritos a que se refiere el apartado anterior deberán presentarse dentro del plazo de diez días a partir de que los Estados Partes terceros en la controversia hubieren sido notificados de los escritos de presentación y de respuesta.

(4) La comparecencia de los Estados Partes terceros en la controversia no les conferirá el carácter de Partes en la misma y, consecuentemente, no les será oponible el Laudo Arbitral que en ella recayere”.

Adviértase que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que representa un marco de integración más débil que el MERCOSUR habida cuenta que su objetivo final es crear simplemente un área de libre comercio, y cuyo sistema de solución de controversias tiene, si cabe, menos pretensiones uniformadoras en la interpretación y aplicación de dicho marco común, prevé en su Capítulo XX (“Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias”), artículo 2013, que “una Parte que no sea contendiente, previa entrega de notificación escrita a su sección del Secretariado y a las Partes contendientes, tendrá derecho a asistir a todas las audiencias, a presentar comunicaciones escritas y orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de las Partes contendientes”.

3. Hoy en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC.

4. Conforme al cual: “-2. Una violación grave de las disposiciones de un tratado multilateral por una de las partes facultará-b) a una parte especialmente perjudicada por la violación, para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación; c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado. 3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado: a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado-”.

5. Según el artículo 4: “Los Estados Partes podrán conceder créditos de fomento y financiamiento a sus exportaciones cuando los mismos sean otorgados en condiciones, de plazos y tasas de interés, compatibles con las aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes”.

6. Según el cual: “Los Estados Partes podrán reintegrar, total o parcialmente, los impuestos indirectos pagados por los exportadores o acumulados a lo largo de las etapas anteriores de producción de los bienes exportados, conforme a las disposiciones del Acuerdo General de Aranceles y Comercio “GATT”.

7. Según el cual: “Los Estados Partes podrán eximir del pago de tributos internos indirectos a los bienes destinados a la exportación”.

8. Según el cual: “Los Estados Partes podrán conceder el régimen de depósito industrial a un determinado establecimiento de una industria, con el objeto de importar, con suspensión de tributos y bajo control aduanero, mercaderías que, después de ser sometidas a operaciones de industrialización, sean destinadas al mercado externo. El plazo de permanencia de las mercaderías importadas en el régimen de depósito industrial será determinado de acuerdo con las necesidades de cada caso.

A las empresas industriales establecidas en el territorio de los países del Mercosur beneficiarias habituales del régimen aduanero especial de "draw-back" o autorizadas para operar el régimen de depósito industrial, podrá serles concedido el régimen de depósito aduanero de distribución para permitir el depósito de mercaderías importadas sin cobertura cambiaria y destinadas a la exportación o a la reexportación a terceros países. Las mercaderías importadas serán de la misma marca adoptadas por la beneficiaria y producidas por empresas localizadas en el exterior y vinculadas a la beneficiaria, independientemente de su origen o procedencia".

9. Según el cual: "Serán considerados subsidios derivados de la aplicación de los regímenes mencionados en los Artículos 6, 7, 8 y 9, la devolución, suspensión o exención de gravámenes a la importación de mercaderías a ser utilizadas en procesos productivos de bienes de exportación cuya cuantía exceda los montos efectivamente pagados, suspendidos o eximidos".

10. Según el cual: "Los Estados Partes se comprometen a instrumentar sistemas de verificación y control mutuo de los procesos de devolución total o parcial de impuestos indirectos, así como de la tipificación de los bienes importados y de su integración final a los bienes a ser exportados, a fin de evitar la desnaturalización de los regímenes aduaneros especiales referidos anteriormente.

Asimismo, instrumentarán las medidas que resulten necesarias para evitar que otros incentivos sectoriales, regionales o tributarios, que el marco normativo interno reconoce a favor de la actividad productiva / exportadora, se apliquen al comercio intrarregional".

11. Respecto de las Recomendaciones, se ha dicho que "el no acatamiento por las partes, sólo tiene como consecuencia facilitar a cualesquiera de los Estados partes poder acudir a la siguiente etapa del proceso, que es la arbitral" (J. Pérez Otermin, *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 54; en la misma línea, cfr. D. Operti, *Solución de controversias en el MERCOSUR. Aspectos de Derecho Internacional Privado*, en *El MERCOSUR después de Ouro Preto. Aspectos Jurídicos*, Seminario celebrado en agosto y septiembre de 1995 publicado en la *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Serie Congresos y Conferencias* n° 11, p. 135-136, y A. Uriondo de Martinoli, *Solución de controversias*, Advocatus, Córdoba, 1999, p. 28). De lo dicho no se desprende, por lo demás, que un Entendimiento esté desnudo de efectos procesales más allá de actuar como elemento que puede resultar decisivo para determinar si se dieron las condiciones para avanzar en el procedimiento. Así por ejemplo, despliega también sus efectos a la hora de determinar el objeto de la controversia. En efecto, pese a la confusa redacción del artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias adoptado por Decisión del Consejo del Mercado Común 17/98 (según el cual "el objeto de las controversias entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta"), que ha llevado a algún Tribunal ad hoc del MERCOSUR a considerar que las Partes pueden ampliar sin límites el objeto de la controversia hasta los escritos de presentación y de respuesta (Laudo de 10 de marzo de 2000, del Tribunal Arbitral ad hoc constituido para decidir en la controversia entre la República Federativa del Brasil y la República Argentina sobre la aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles), parece claro que, si no se quiere vaciar de contenido la fase pre-arbitral, dicho objeto debe venir necesariamente predeterminado por las cuestiones suscitadas por las Partes a lo largo de las negociaciones directas (en tal sentido, cfr. los Laudos de 28 de abril de 1999 y de 21 de mayo de 2001, de los Tribunales Arbitrales ad hoc constituidos para decidir las controversias entre, respectivamente, la República Argentina y la República Federativa de Brasil sobre la aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, y la República Federativa del Brasil y la República Argentina sobre aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros). Así lo establece, por lo

demás, el apartado 2 del art. 14 del -aún pendiente de ratificación por los Estados Partes- Protocolo de Olivos, según el cual “los planteamientos que las partes realicen en los escritos mencionados en el numeral anterior se basarán en las cuestiones que fueron consideradas en las etapas previas, contempladas en el presente Protocolo y en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto”.

12. A. Remiro Brotons e.a., Derecho Internacional, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 833.

13. Laudo de 21 de mayo de 2002, del Tribunal Arbitral ad hoc del Mercosur constituido para decidir en la controversia entre la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay sobre la aplicación del IMESI (Impuesto Específico Interno) a la comercialización de cigarrillos.

14. J. Pérez Otermin, El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto, ya citado, p. 105.

15. “Durante el período de transición, que se extenderá desde la entrada en vigor del presente Tratado hasta el 31 de diciembre de 1994, y a fin de facilitar la constitución del Mercado Común, los Estados Partes adoptarán un Régimen General de Origen, un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia, que constan como Anexos II, III y IV al presente Tratado”.

16. “1) Las controversias que pudieran surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del tratado serán resueltas mediante negociaciones directas.

En caso de no lograr una solución dichos Estados Partes someterán la controversia a consideración del Grupo Mercado Común, el que luego de evaluar la situación formulará en el lapso de sesenta (60) días las recomendaciones pertinentes a las Partes para la solución del diferendo. A tal efecto, el Grupo Mercado Común podrá establecer o convocar paneles de expertos o grupos de peritos con el objeto de contar con asesoramiento técnico.

Si en el ámbito del Grupo Mercado Común tampoco se alcanzara una solución, se elevará la controversia al Consejo del mercado Común para que adopte sus recomendaciones pertinentes.

2) Dentro de los ciento veinte (120) días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el período de transición.

3) Antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común”.

17. “El mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes” (artículo 2 del Tratado de Asunción).

18. “Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo” (artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto).

19. Caso del sistema europeo de integración, que ya en 1964, por boca de su Tribunal de Justicia (asuntos acumulados 90/63 y 91/63, de 13 de noviembre de 1964, Comisión v. Luxemburgo y Bélgica, Recopilación española 137), sentó clara y tajantemente la doctrina desde entonces constante de que “el Tratado no se limita a

crear obligaciones recíprocas entre los diferentes sujetos a los que se aplica, sino que establece un ordenamiento jurídico nuevo que regula las facultades, derechos y obligaciones de dichos sujetos, así como los procedimientos necesarios para obtener la declaración y la sanción de toda eventual violación”, consecuencia de lo cual, “a excepción de los supuestos expresamente previstos, el sistema del Tratado supone la prohibición de que los Estados miembros practiquen la autotutela jurídica” (rechazando así la tesis de los Gobiernos demandados según la cual “dado que el Derecho Internacional reconoce a la parte perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones que incumben a otra parte la facultad de dejar de cumplir sus propias obligaciones, la Comisión carecía de legitimación para invocar la violación del Tratado”).

20. Como reconoce H. Gros Espiell, *La exceptio non adimpleti contractus en el Derecho Internacional Público y su eventual aplicación en el Tratado de Asunción*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay*, 2001, n° 19, p. 80.

21 “Si un Estado Parte no cumpliera el laudo del Tribunal Arbitral en el plazo de treinta (30) días, los otros Estados Partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento” (artículo 23 del Protocolo de Brasilia).

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que tales medidas compensatorias, cuyo objetivo no es otro que constreñir al Estado obligado a cumplir con lo dispuesto en el laudo, presuponen un gravísimo comportamiento cual es el incumplimiento de éste, a cuyo respecto, aun en el diferente contexto de la Comunidad Andina, pueden traerse a colación las palabras de su Tribunal de Justicia en el Auto de 20 de octubre de 1999, Proceso 1-AI-97 (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, núm. 500, de 25 de octubre de 1999): “Que siempre y en todos los casos el incumplimiento de una sentencia del órgano jurisdiccional comunitario es de gravedad extrema, y que, como se puede deducir sin mayor esfuerzo dialéctico, es un hecho que afecta a todos los Países Miembros y a todos los Órganos y Entidades de la Comunidad al lesionar directamente el proceso de integración en el que la subregión viene empeñada desde hace más de treinta años”.

Menú

[Inicio](#)
[Consejo redactor](#)
[Equipo de trabajo](#)
[Números Publicados](#)
[Base Documental](#)
[Suscríbete](#)
[Revista 1 - AJ Peru](#)

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

PERU

Sentencia del Tribunal Constitucional por la cual se resuelve un recurso de habeas corpus, interpuesto en favor de un grupo de reclusos. Se argumenta que las condiciones de la prisión constituyen un trato inhumano y degradante. [Sentencia del 19 de noviembre de 2002.](#)

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional por la cual se declara la inconstitucionalidad de varios artículos de los decretos leyes sobre terrorismo y traición a la patria, expedidos en 1992. Normas bajo las cuales se procesaron a los principales miembros del grupo "Sendero Luminoso". [Sentencia del 3 de enero de 2003.](#)

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional por la cual se deniega la inconstitucionalidad de la Ley 27600 de reforma constitucional. [Sentencia del 21 de enero de 2003.](#)

[Ver la sentencia](#)
[\[Volver\]](#)


© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

© 2011 Revista del Foro Constitucional Iberoamericano
Journal is Free Software released under the GNU/GPL License.

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 2002. Expediente 1429-2002-HC-TC Publicada el 11 de febrero de 2003 en el diario oficial El Peruano

Recurso extraordinario interpuesto por don Emiliano Álvarez Lazo y otros, a favor de don Juan Islas Trinidad y otros, contra la sentencia expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 172, su fecha 17 de enero de 2002, que declaró infundada la acción de hábeas corpus de autos.

Comentario de Samuel Abad Yupanqui.

- Esta sentencia resuelve la demanda de habeas corpus interpuesta a favor de Juan Islas Trinidad y otros internos del Establecimiento Penal de Challapalca (Puno-Perú), contra el Ministro de Justicia, Ministro del Interior y Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). La acción de garantía pretende que se disponga el cese del aislamiento, incomunicación y las **condiciones humillantes, degradantes e inhumanas de reclusión** de treinta y cuatro internos trasladados a dicho Penal, y que se ordene el retorno a su lugar de origen, el Establecimiento Penal "Miguel Castro Castro" de Lima. El TC declaró fundada en parte la demanda, y ordenó que el INPE traslade a cualquier otro Establecimiento Penal del Estado, a los reclusos cuyo precario estado de salud clínicamente comprobado por la entidad oficial pertinente, no permita que continúen en el Penal de Challapalca. Asimismo, ordena que al resto de la **población penitenciaria** se le proporcione adecuada atención médica y que se facilite el transporte de los familiares cuando menos con periodicidad quincenal.
- El fallo del TC constituye un importante precedente de control jurisdiccional sobre la ejecución de la pena, sentando que la privación de la libertad no implica, en absoluto, la suspensión o restricción de otros derechos (vida, integridad personal, salud) ni enervará la dignidad, núcleo fundamental de la persona. Sin embargo, el nivel de protección del fallo hubiera podido ser mayor y óptimo, si hubiera considerado el hecho de que las condiciones estructurales del Penal de Challapalca (condiciones geográficas, climatológicas^(*), de infraestructura, servicios básicos y aislamiento) constituyen una amenaza y vulneración permanentes de los derechos a la integridad personal y a la salud de la población penitenciaria. Por el contrario, la sentencia en su considerando N° 9 establece que: "la reclusión de los demandantes en el establecimiento penitenciario de Challapalca no afecta el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos". Este aspecto de la resolución difiere de informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Defensoría del Pueblo del Perú, en los que se señala la necesidad de trasladar a las personas reclusas hacia otros establecimientos penitenciarios y clausurar el Establecimiento Penal de Challapalca. Dichos informes basan su recomendación en la incompatibilidad de las características estructurales de este Penal, con los derechos a vida, integridad personal, salud, derecho a contar con establecimientos adecuados, los principios de resocialización y reintegración del penado a la sociedad, el derecho de visita y el principio constitucional-democrático del control.

(*) Conviene precisar que este centro penitenciario se encuentra ubicado a una altura de 4,200 metros sobre el nivel del mar. La temperatura de la zona es en promedio de 8° ó 9° C durante el día, descendiendo en las noches a 18°C bajo cero. Esta situación se agrava a partir del mes de junio en que comienza la época de helada cuando por la noche la temperatura desciende hasta 25° C bajo cero.

TEXTO DE LA SENTENCIA

En Lima, a los 19 días de Noviembre de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Presidente; Revoredo Marsano, Vicepresidenta; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES

Los accionantes, con fecha 25 de setiembre de 2001, interponen acción de hábeas corpus contra el Ministro de Justicia, don Fernando Olivera Vega, el Ministro del Interior, don Fernando Rospigliosi y el Jefe del Instituto Nacional Penitenciario, con el objeto de que se disponga el cese del aislamiento, incomunicación y las condiciones humillantes, degradantes e inhumanas de reclusión de treinta y cuatro internos trasladados al Establecimiento Penal de Challapalca, y se ordene su retorno a su lugar de origen, el Establecimiento Penal "Miguel Castro Castro" de Lima.

Afirman que los favorecidos, 34 internos del Pabellón IV del Penal de Yanamayo, en la madrugada del día viernes 21 de setiembre de 2001 fueron trasladados ilegalmente al Establecimiento Penal de Challapalca, en contravención de las sugerencias de la Defensoría del Pueblo y el Comité Internacional de la Cruz Roja, que recomendaron el cierre de dicho establecimiento penal, de mayor aislamiento y altura, por ser atentatorio de la salud de los internos y los visitantes. Manifiestan que el Establecimiento Penal de Challapalca se encuentra a una altitud mayor a los 4650 metros sobre el nivel del mar, en un lugar bastante alejado de la residencia de los familiares de los internos y que sus condiciones de aislamiento del lugar y características climatológicas, lo hacen inadecuado para la sobrevivencia humana, constituyendo, así, un peligro para la salud de los internos y de sus familiares que, por lo general, son personas mayores de edad y tienen que trasladarse desde la ciudad de Lima. Refieren que esta medida tiene por finalidad aislarlos más de sus familiares y de la sociedad, en aplicación de un plan de aislamiento, aniquilamiento y genocidio iniciado por el anterior gobierno Asimismo, que el traslado se efectuó en medio de un operativo militar y policial que puso en riesgo sus vidas e integridad física y cuyas consecuencias son ocultadas, al extremo de no haberse permitido la presencia del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Defensoría del Pueblo y de negarse la visita de los familiares, quienes, los días

sábado 22 y domingo 23 de septiembre del año pasado, acudieron al Establecimiento Penal de Challapalca y se les informó que los internos estaban incomunicados indefinidamente. Sostienen que el acto cuestionado evidencia la continuación del plan del ex Presidente Fujimori y del señor Montesinos, de aniquilamiento y genocidio contra los reclusos, expresados en encierro celular, incomunicación, aislamiento y sometimiento a condiciones de reclusión inhumanas, humillantes y degradantes, incompatibles con la dignidad de persona humana y que transgreden el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sostienen que parte del mencionado plan es la negación del derecho a la defensa de los demandantes debido a que se les mantiene incomunicados con sus abogados e, incluso, con sus familiares y que las características climáticas, aislamiento y lejanía del lugar, imposibilitan que los abogados tengan acceso al cuestionado establecimiento penal. Manifiestan también que el traslado se efectuó sin conocimiento previo de la Defensoría del Pueblo, del Comité Internacional de la Cruz Roja y familiares de los internos, desconociéndose su estado salud y en qué condiciones fueron trasladados, extremo que, sostienen, debe verificarse a través de la presente acción, así como la situación de los objetos personales y de trabajo pertenecientes a los internos que permanecen en el Penal de Yanamayo. Manifiestan que estos hechos conculcan el derecho a la integridad personal de los 34 demandantes, reconocido por el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Solicitan que se tome la declaración, además, del Delegado del Comité Internacional de la Cruz Roja, COrelación al estado de salud de los demandantes y del Defensor del Pueblo, respecto a las condiciones inadecuadas del Establecimiento Penal de Challapalca, que lo impulsaron a recomendar su cierre.

El Presidente del Consejo Nacional Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario, don Luis Javier Bustamante Rodríguez, por su parte, afirma que el traslado de los demandantes se realizó en mérito a la Resolución Directoral de la Dirección Regional Altiplano Puno N.° 159-2001-INPE-DRAP-D, de fecha 20 de septiembre de 2001, que, a su vez, se sustenta en el Acta del Consejo Técnico Penitenciario N.° 029-2001-EPY-CTP del Establecimiento Penal de Máxima Seguridad de Yanamayo, de fecha 20 de septiembre del mismo año. Manifiesta que en la citada Resolución Directoral se consigna que existe un deterioro significativo de la infraestructura del establecimiento penitenciario y que para efectuar las reparaciones correspondientes se hacía necesario el traslado de los internos a quienes, previamente, se les propuso trasladarlos en distintos grupos a los penales de Huancayo, Cajamarca e Ica, lo cual rehusaron. Señala que durante su salida del pabellón del establecimiento y su embarque en los vehículos que los llevaron, estuvieron presentes dos representantes del Ministerio Público y un médico legista invitados, con el propósito de cautelar el operativo y los derechos humanos de los demandantes. Sostiene que la razón por la que no se les permitió llevar consigo sus pertenencias fue para efectuar

una requisita en los ambientes que ocupaban de las armas hechizas manufacturadas (sic) y otros objetos no autorizados por el Reglamento, para posteriormente remitirlos. Afirma que no hay norma alguna que disponga que el Instituto Nacional Penitenciario deba consultar sus decisiones al Comité Internacional de la Cruz Roja o a la Defensoría del Pueblo. Refiere que el Establecimiento Penitenciario de Challapalca es un penal de máxima seguridad de construcción nueva, que cuenta con una clínica, áreas laborales y educativas y un equipo profesional multidisciplinario encargado del tratamiento, donde cada interno posee su propia celda; éstas cuentan con servicios higiénicos propios y no existe hacinamiento, además que se dispone de varios patios para actividades al aire libre. Enfatiza que los demandantes no se encuentran incomunicados, ya que pueden recibir visitas de sus abogados y representantes de organismos protectores de derechos humanos, como la Cruz Roja y la Defensoría del Pueblo, y que luego de que concluyan el periodo de treinta días de sanción disciplinaria impuesta por los destrozos que los internos ocasionaron, éstos podrán recibir visitas de sus familiares; asimismo, reitera que no se encuentran aislados, y que cada uno permanece en su celda unipersonal en cuatro alas de un mismo pabellón, con cama individual que dispone de colchón y cuatro frazadas. Manifiesta que ha presentado al despacho judicial diez fotografías que muestran los destrozos en el establecimiento de Yanamayo ocasionados por los demandantes, así como, entre otros documentos, el Informe N.º 085-01-XII-RPNP-EPY.SI del Jefe de Seguridad de dicho establecimiento, donde se indica el grado de deterioro del penal y se recomienda el traslado de los internos; asimismo, el acta de verificación y de recepción de los médicos de los establecimientos de Yanamayo y Challapalca, respectivamente. Afirma que los Ministros accionados no estuvieron presentes el día del traslado de los demandantes porque dicho acto es competencia de la Dirección Regional del INPE.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministro del Interior manifiesta que el traslado de los demandantes se realizó en el ámbito de competencias del Director del Establecimiento Penal de Yanamayo y sus superiores, en ejercicio de sus atribuciones, como consecuencia de los actos ilícitos (sic) cometidos por los demandantes y que el informe que da cuenta de estos hechos, refiere que el establecimiento carcelario estaba dominado por los internos, situación que ponía en riesgo la seguridad integral de las instalaciones, de ellos mismos, de los funcionarios del INPE y de los funcionarios (sic) encargados de la custodia exterior del establecimiento.

La Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia, por su parte, afirma que el traslado cuestionado se dispuso por decisión del INPE, que es el ente rector del sistema penitenciario nacional, de conformidad con el artículo 1º de su Reglamento de Organización y Funciones, Resolución Ministerial N.º 040-2001-JUS.

El Tercer Juzgado Especializado en Derecho Público de Lima, a fojas 126, con fecha 30 de octubre de 2001, declaró infundada la acción interpuesta por considerar que en la constatación realizada por el juez comisionado en el Establecimiento Penal de Challapalca, se verificó que los internos se hallan reclusos en condiciones normales, pues cuentan con los servicios básicos para su subsistencia y que no existe queja por maltrato o tortura contra el personal del INPE; asimismo, porque siendo potestad de la administración penitenciaria determinar el establecimiento penal donde se ubican los internos, de conformidad con la Resolución Directoral 159-2001-INPE-DRAP-D, ésta dispuso transitoriamente y por reordenamiento el mencionado traslado; y, finalmente, porque los demandantes no han sufrido deterioro de su salud ni se encuentran en condiciones humillantes, degradantes o inhumanas de reclusión, pues el Establecimiento Penal de Challapalca cumple las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N.º 003-2001-JUS.

La recurrida confirmó la apelada por considerar que el traslado de los demandantes se dispuso bajo la modalidad de reordenamiento, es decir, cuando la capacidad de albergue de un establecimiento penitenciario es excedida por el número de internos, lo que pone en riesgo el régimen y la disciplina penitenciaria; en el caso, la infraestructura del establecimiento presentaba serias deficiencias que ponían en riesgo su seguridad, lo que hacía necesaria su refacción y el consiguiente traslado de los demandantes hasta la culminación de las obras. Asimismo, considera que se ha acreditado en los actuados que las condiciones de reclusión en las que se encuentran los demandantes no afectan sus derechos a la vida, a la integridad física y psicológica y a la salud.

FUNDAMENTOS

Hábeas corpus correctivo: objeto y alcances

1. En resolución recaída en el Exp. N.º 590-2001-HC/TC, se estableció el denominado hábeas corpus correctivo. Esta modalidad de hábeas corpus procede ante actos u omisiones que importen violación o amenaza, en principio, del derecho a la vida, a la salud, a la integridad y, de manera muy significativa, del derecho al trato digno y a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes.

Para este supremo intérprete de la Constitución queda claro que aun cuando el artículo 12º de la Ley N.º 23506 no comprende de manera expresa la protección de estos derechos, el carácter enunciativo del conjunto de derechos que pueden ser objeto de protección, de

conformidad con el citado artículo 12°, posibilita o autoriza que derechos no comprendidos expresamente por éste puedan ser objeto de protección del proceso constitucional de hábeas corpus. Ello puede suceder tanto respecto de derechos directamente conexos con el de la libertad, así como respecto de derechos diferentes a la libertad, pero que su eventual lesión se genera, precisamente, como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual.

2. Tal es el caso de personas reclusas en ejecución de una pena privativa de la libertad o de personas detenidas como consecuencia de una medida cautelar de detención. Sin embargo, también se extiende a aquellas situaciones diversas en las que también se verifica cierta restricción de la libertad debido a que se hallan bajo una especial relación de sujeción tuitiva. Es el caso, por ejemplo, de personas internadas sometidas a tratamiento en centros de rehabilitación o de estudiantes internados, ya sea en dependencias públicas o privadas. En estos supuestos, la controversia radica en examinar si las condiciones de reclusión, detención o internamiento resultan lesivas de los derechos fundamentales o contrarias a los principios constitucionales. Si bien no es posible determinar a priori el derecho que pueda resultar implicado en tales casos, debe tenerse en cuenta que, en principio, el análisis debe centrarse en los derechos a la vida, a la integridad, a la salud, a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, a la dignidad e, incluso, a la contravención de principios constitucionales que incidan negativamente en la situación de estas personas.

En los casos en que sufran lesión alguno de los derechos constitucionales antes mencionados, el denominado hábeas corpus correctivo es la vía idónea para la protección que corresponda.

[Precisión de la controversia constitucional planteada](#)

3. En atención a los hechos expuestos, este Tribunal Constitucional estima que la controversia planteada consiste en determinar si la reclusión de los demandantes en el Establecimiento Penal de Challapalca, dada su ubicación geográfica y las características climáticas de dicho lugar, afectan o no el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos ni degradantes y el derecho a la salud.

[Derecho a no ser objeto de tratos inhumanos ni degradantes](#)

4. De conformidad con el artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Asimismo, de conformidad con el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos " (...) Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o

degradantes (...)" Enunciado análogo hallamos en el artículo 5°, inciso 2), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que precisa, además, que "Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Finalmente, la Constitución Política del Estado establece en el artículo 2°, inciso 24), literal "f", ab initio, que "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (...)". El reconocimiento de este derecho humano excede su dimensión estricta de derecho subjetivo y se proyecta, además, como un valor o principio constitucional objetivo del derecho penitenciario, en cuanto principio de humanidad de las penas, tal como lo establece el artículo 3° del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N.° 654).

5. Las disposiciones citadas establecen conceptos cuya noción es preciso aclarar previamente. Aunque estrechamente vinculados, se debe diferenciar entre la tortura, el trato inhumano y el trato degradante.

La distinción entre la tortura y el trato inhumano o degradante deriva principalmente de la diferencia de intensidad del daño infligido (*Europe Court of Human Rights, Case of Ireland v. United Kingdom*, 18 de enero de 1978, párrafo 164, párrafo 4°). "La tortura constituye una forma agravada y deliberada de penas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes" (Resolución 3452 (XXX) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 9 diciembre de 1975; citado en la sentencia Irlanda contra Reino Unido, cit., párrafo 5°). El Tribunal Constitucional se ha manifestado en análoga línea de argumentación y con aplicación de las normas internacionales específicas en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0726-2002-HC/TC.

En el presente caso, sin embargo, la proscripción de la tortura no resulta relevante para la resolución de la controversia. En tal sentido, el análisis ulterior discurrirá en torno al derecho a no ser objeto de tratos inhumanos ni degradantes.

6. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con motivo de la interpretación del artículo 3° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece enunciado similar a los antes citados, ha sostenido, con relación al trato degradante, lo siguiente: "sería absurdo sostener que cualquier pena judicial, debido al aspecto humillante que ofrece de ordinario y casi inevitablemente, tiene una naturaleza degradante (...). Hay que complementar la interpretación (...); para que una pena sea "degradante" (...), la humillación o el envilecimiento que implica, tiene que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse, en cualquier caso, del elemento habitual de humillación (...)" y que "su constatación es, por la naturaleza de las cosas, relativa: ello depende de todas las circunstancias del caso y, en particular, de la naturaleza y el contexto de la misma pena y de la forma y método de su ejecución"

(*Europe Court of Human Rights, Tyrer Case*, parágrafo N.º 30, último párrafo). En el caso mencionado se concluyó que el factor o elemento de humillación alcanzaba el nivel de "pena degradante". En tal sentido, de acuerdo con la interpretación del citado organismo jurisdiccional supranacional, se entiende como "trato degradante" "aquel que es susceptible de crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad capaces de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral". En este caso, colegimos que se habla de un trato que erosiona la autoestima y, más exactamente, de un trato incompatible con la dignidad de la persona: un trato indigno.

7. Dentro del concepto de "tratos inhumanos", identifican aquellos actos que "producen intensos sufrimientos y daños corporales, a veces de importancia", que, empero, no llegan al extremo de la tortura, pues "En las torturas se incluyen aquellos tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles, constituyendo la tortura una forma agravada y deliberada de penas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes". (Rivera Beiras, Iñaki; *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*, 1º ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 78). En la sentencia precitada, el Tribunal Europeo entiende que se está ante un trato inhumano cuando se infligen sufrimientos de especial gravedad o severidad. Es decir, "un mínimo" de gravedad o severidad del trato. Ahora bien, "(...) La apreciación de este mínimo es relativo por esencia; él depende del conjunto de circunstancias del caso, tales como la duración de la aflicción, sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, la edad y del estado de salud de la víctima, etc". (*Europe Court of Human Rights, Case of Ireland v. United Kingdom*, 18 de enero de 1978, párrafo N.º 162). Desde luego, según esto, conductas que, en principio, estarían en el ámbito de un trato inhumano, podrían devenir en una forma de tortura si los sufrimientos inflingidos alcanzan una mayor intensidad y crueldad.

En consecuencia, el trato inhumano se presenta siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad; y se estará ante un trato degradante si la ejecución de la pena y las formas que ésta revista, traen consigo humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la sola imposición de una condena.

8. La relevancia de este derecho humano a efectos de resolver la presente controversia reside en que no es la pena en sí misma la que es objeto de cuestionamiento, sino las condiciones y la forma en que ésta se ejecuta. El Tribunal estima que no es, en principio, el derecho a no ser objeto de "tratos degradantes" la variable presuntamente lesionada, como tampoco el derecho a no ser objeto de "torturas". Considera que, dadas las características del acto presuntamente lesivo, la controversia planteada reside en la presunta afectación del derecho a no ser objeto de "tratos inhumanos".

9. La reclusión de los demandantes en el Establecimiento Penal de Challapalca no afecta el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos. En efecto, dicho establecimiento está ubicado a 4, 280 metros sobre el nivel del mar y, por lo tanto, está a menor altura que otros dos establecimientos penales ubicados en el Perú y de otros en la República de Bolivia. Respecto al Establecimiento Penal de Yanamayo, su nivel es sólo 300 metros mayor. Las características climáticas son semejantes a zonas pobladas de muchos distritos andinos. Junto al Establecimiento Penal de Challapalca, además, está ubicado un cuartel del Ejército Peruano. La Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial ante el Congreso de la República 1996-1998, ha afirmado que las temperaturas excesivamente bajas de la zona donde se halla el establecimiento penal ponen en grave riesgo la salud humana. Sin embargo, esa afirmación es válida sólo para determinadas personas que no se adaptan a lugares ubicados en la Cordillera de los Andes.

10. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado que se inhabilite el Establecimiento de Challapalca y se traslade a las personas reclusas hacia otros establecimientos penitenciarios (*Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*, Cap. IX, La situación penitenciaria, párrafo N.º 24, recomendación N.º 12, junio, 2000); y la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial ante el Congreso de la República 1996-1998, ante el primer traslado de reclusos a dicho establecimiento, manifestó que éste debía ser cerrado e inhabilitado, posteriormente, en el Informe Defensorial N.º 29, Derechos humanos y sistema penitenciario - Supervisión de derechos humanos de personas privadas de libertad 1998-2000, Lima 2000, " se afirmó que (...) Las severas condiciones climáticas, la falta de medios de comunicación y su difícil ubicación que limitan el sistema de visitas colisionan con el principio de humanidad de las penas. Las bajas temperaturas durante el día y particularmente en la noche, junto a los prolongados periodos de encierro en sus celdas, afectan severamente la salud física y mental de los internos, así como del propio personal penitenciario encargado de la custodia del penal".

Conclusiones análogas se encuentran en el Informe del Comité de las Naciones Unidas y el de un órgano no gubernamental como es la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Si bien ninguno de estos informes vinculan al Tribunal, sí contribuyen a crear convicción sobre el hecho materia de controversia, debiéndose resaltar la convergencia del sentido de los citados informes.

11. De otra parte, la lejanía del establecimiento penal así como su ubicación en un lugar inhóspito y alejado de la ciudad, afecta el derecho a la visita familiar de los recursos sin el cual puede verse afectada la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena, en clara contravención del principio constitucional del régimen penitenciario, enunciado en el artículo 139°, inciso 14), de la Norma Fundamental. Debe considerarse que cualquier acto, como el cuestionado, que, al

margen de su intencionalidad, incida o repercuta en esferas subjetivas o derechos que no están restringidos, afecta el derecho y principio a la dignidad. La condición digna es consustancial a toda persona y el hecho de que esté restringido el derecho a la libertad como consecuencia de una sanción penal, por más abominable y execrable que haya sido el hecho que motivara su aplicación, nunca enervará o derogará el núcleo fundamental de la persona, su dignidad. Es en este sentido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que en "los términos del artículo 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos" (*Caso Neyra Alegría y otros*, párrafo N.º 60). Por esto, cualquier restricción de algún derecho constitucional o de cualquier esfera subjetiva del interno, tendrá condicionada su validez constitucional a la observancia del principio de razonabilidad.

Considerando, además, la especial ubicación del Establecimiento Penitenciario de Challapalca, debe el Estado facilitar el acceso para la visita de los familiares de los reclusos, proporcionándoles la movilidad que es indispensable, con una periodicidad razonable.

[Derecho a la salud](#)

12. El artículo 7º de la Constitución Política del Estado establece que "(...) Todos tienen derecho a la protección de su salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa". La salud es entendida como "Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones", "Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado", "Libertad o bien público o particular de cada uno" (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edición, 2002). Puede considerarse, entonces, como la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo.

13. Así las cosas, el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe. Hay, desde tal perspectiva, la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de incidir en su esfera. Pero también, como en la mayoría de derechos constitucionales, el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho "prestacional", vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales. Esta dimensión del derecho se manifiesta con especial énfasis en el artículo 12º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

14. Si bien el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales, su inescindible conexión con el derecho a la vida (art. 2°), a la integridad (art. 2°) y el principio de dignidad (art. 1° y 3°), lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye "condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo" (art. I, Título Preliminar de la Ley N.° 26842, General de Salud). Por ello, deviene en condición necesaria del propio ejercicio del derecho a la vida y, en particular, a la vida digna. De otra parte, siempre que el derecho a la integridad resulte lesionado o amenazado, lo estará también el derecho a la salud, en alguna medida. Sin embargo, son también posibles supuestos en que se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. La salud resulta un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que incide en mayor o menor medida en la vida del individuo, dependiendo de sus condiciones de adaptación. Teniendo como base esta apreciación gradual de la salud, la protección del derecho a la salud importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta.

Debe tenerse presente que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta como vida salvable.

15. Se trata, ahora, de abordar el derecho a la salud, en particular de las personas que se hallan privadas de su libertad. El derecho a la salud constituye uno de los derechos constitucionales de mayor importancia, ya que se vincula estrechamente a otros derechos constitucionales como el derecho a la vida, a la integridad física y al propio principio de dignidad. Desde luego, la privación de la libertad no implica, en absoluto, la suspensión o restricción de otros derechos, en particular del derecho a la salud. En cuanto derecho constitucional, la salud de las personas reclusas es también una facultad vinculante al Estado. Por esta razón, el artículo 76° del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N.° 654) ha establecido que "El interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La Administración Penitenciaria proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud".

Por lo tanto, los reclusos, como en el caso de los demandantes, tienen un derecho constitucional a la salud al igual que cualquier persona. Pero, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos; hay, pues, un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer o afectar su salud. Por esta

razón, el Instituto Nacional Penitenciario, como sector de la administración competente de la dirección y administración del sistema penitenciario y, en particular la Dirección Regional de Puno, son responsables de todo acto que pudiera poner en riesgo la salud de los demandantes y debe, en consecuencia, proporcionar una adecuada y oportuna atención médica. Asimismo, ante esta situación, el Estado debe tomar las acciones apropiadas para el cese de la situación peligrosa, la que exige, en principio, el traslado inmediato de los internos cuyo precario estado de salud, clínicamente comprobado, no permita que continúen en el centro penitenciario en el que se encuentran reclusos.

La facultad de traslado de internos

16. La resolución por la cual se dispone el traslado de los demandantes invoca la Directiva N.º 002-2001-INPE/OGT, que establece en el Punto A.4 la facultad de traslado de los internos "por reordenamiento", en el supuesto de que "la capacidad de albergue de un Establecimiento Penitenciario es excedida por el número de internos que actualmente presenta dicho Establecimiento, poniendo en riesgo el régimen y disciplina penitenciaria". Antes de evaluar el mérito de este acto administrativo en función de los derechos y principios constitucionales, es menester analizar el asunto relativo a la propia directiva en cuanto fuente normativa sustentatoria del acto administrativo de traslado. Las directivas constituyen disposiciones a través de las cuales la administración establece procedimientos específicos para el mejor cumplimiento de las funciones que la propia ley les ha asignado. Sin embargo, dos aspectos deben tenerse en cuenta respecto a su validez. El primero, es que, por su propia naturaleza, se hallan estrictamente enmarcadas dentro de la ley y el reglamento. Están vinculadas al principio de legalidad. Pero, además, no pueden regular materia relativa a derechos constitucionales. Aquí, el principio de reserva de ley impone que cualquier disposición que tenga por objeto directo la regulación de derechos constitucionales o que, aun cuando de manera indirecta, incida en ella, debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley, mas no de fuentes normativas de jerarquía inferior.

17. Planteado en estos términos, la mencionada directiva, al establecer las causales y la autoridad competente para el procedimiento de traslado de los internos de establecimientos penales, no ha infringido ningún principio constitucional, porque estos aspectos no inciden directamente en los derechos de las personas reclusas en un establecimiento penal y en los principios constitucionales del régimen penitenciario. Como consecuencia de lo anterior, el acto administrativo cuestionado no ha significado, en la práctica, un acto extra legem y, por consiguiente, ilegal y viciado de nulidad. Por esta razón, carece de sentido evaluar si el acto administrativo que dispuso el traslado respetó o no el principio de razonabilidad en cuanto límite y parámetro de la validez constitucional de las potestades administrativas.

18. Los medios probatorios dispuestos por este Colegiado en uso de la facultad que le confiere el artículo 57° de su Ley Orgánica (N.° 26435) y los argumentos expuestos por los demandados ratifican los hechos evaluados anteriormente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica;

FALLA

REVOCANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declaró infundada la acción de hábeas corpus; y, reformándola, la declara FUNDADA en parte. Ordena, en consecuencia, que el Instituto Nacional Penitenciario traslade a los reclusos cuyo precario estado de salud, clínicamente comprobado por la entidad oficial pertinente, no permita que continúen en el Centro Penitenciario de Challapalca, a cualquier otro establecimiento penal del Estado, con intervención del representante del Ministerio Público; y que al resto de población penal se le proporcione adecuada atención médica y facilite el transporte de los familiares, cuando menos con periodicidad quincenal. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de enero de 2003. Expediente 010-2002-AI-TC Publicada el 04 de enero de 2003 en el Diario Oficial El Peruano

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes N.os 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas.

Comentario de Samuel Abad Yupanqui.

- La presente sentencia resuelve la acción de inconstitucionalidad presentada por cinco mil ciudadanos contra los decretos_leyes sobre terrorismo y traición a la patria dictados en 1992 como parte de una estrategia antisubversiva que vulneraba derechos humanos. El fallo del TC declara la inconstitucionalidad parcial de la **legislación antiterrorista**, corrige las inconstitucionalidades detectadas y exhorta al Congreso de la República a su modificación, teniendo en cuenta la Constitución peruana y los **estándares internacionales exigidos por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**
- El TC innova su jurisprudencia, dictando una sentencia interpretativa en materia penal, que, respetando el derecho al debido proceso y principio de legalidad, evita la creación de vacíos en el ordenamiento jurídico así como la impunidad de las personas que participaron en acciones terroristas. El fallo ha dado lugar al Decreto Legislativo N°922-2003, que regula la anulación de los procesos desarrollados al amparo de la legislación inconstitucional en materia de traición a la patria y establece normas sobre el proceso penal aplicable. - conforme a lo indicado por el TC.

TEXTO DE LA SENTENCIA

En Lima, a los 3 de días del mes de enero de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia; con los fundamentos de voto, adjuntos, de los Magistrados Rey Terry y Aguirre Roca; y los votos discrepantes, adjuntos, respecto del artículo 13.º, incisos a) y c), del Decreto Ley N.º 25475 de los Magistrados Aguirre Roca y Revoredo Marsano.

ANTECEDENTES

Los demandantes manifiestan que las disposiciones legales que impugnan no sólo transgreden la Constitución actual y los tratados internacionales, sino que violan en el fondo y la forma la Constitución Política del Perú de 1979, vigente a la fecha en que el llamado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional los promulgó.

Además de argumentos políticos, los demandantes refieren que el 5 de abril de 1992 se produjo la quiebra del Estado de Derecho en el Perú; pero que el Decreto Ley N° 25418, dictado en esa fecha, no podía derogar total o parcialmente ni suspender la vigencia de la Constitución de 1979, por mandato de su artículo 307°. Consideran que son nulos todos los actos practicados como consecuencia del golpe de Estado de 5 de abril de 1992, por cuanto la dictadura instaurada en el país arrasó y demolió el ordenamiento jurídico existente. Indican que, en cualquier Estado del mundo, la Constitución es la ley fundamental de la organización política y jurídica y en ella están reconocidos los derechos fundamentales de las personas.

Refieren que durante el Gobierno de Transición, presidido por el doctor Valentín Paniagua Corazao, se expidió la Resolución Suprema N.º 281-2000-JUS que creó la Comisión de Estudio y Revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1992 y que por Resolución Ministerial N° 191-2001-JUS, de 8 de junio de 2001, se autorizó la publicación del Informe Final de la citada Comisión, en el cual se expresa:

“Quizá uno de los temas más sensibles durante el régimen precedente en la materia que venimos analizando, es el de la vulneración de principios constitucionales y Derechos Fundamentales a través de la emisión de normas legales de naturaleza penal y, en gran medida, en relación con la lucha antisubversiva. Como resultado de ello, se han expedido ciertas normas que colisionan en forma directa con la Constitución de 1993, además (...) de violar derechos fundamentales de las personas, consagrados no sólo explícitamente por la propia Constitución, sino en forma implícita por la citada norma, y también por Tratados Internacionales de los cuales el Perú también es signatario.”

“Las normas antiterroristas y las que regulan el tema de terrorismo especial, vulneran reiteradamente derechos fundamentales y principios constitucionales consagrados.”

Los demandantes arguyen que los Tratados Internacionales, de conformidad con el artículo 101° de la Constitución de 1979, vigente cuando se expidieron los Decretos Leyes, forman parte del Derecho Nacional y que, igualmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la actual Constitución indica que:

“Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

En cuanto a los Decretos Leyes N.os 25475, 25659, 25708 y 25880, los demandantes indican que son inconstitucionales por contravenir en el fondo a la Constitución Política del Perú y no haber sido aprobados, promulgados y publicados en la forma que ella establece; y que contradicen y violan los derechos fundamentales de la persona humana establecidos en la Constitución de 1993 y en los Tratados Internacionales suscritos por el Perú.

Respecto del principio de legalidad sostienen que, en el párrafo “d” del inciso 24) del artículo 2º, la Constitución prescribe: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.” Los demandantes enfatizan que el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475 define el llamado delito de terrorismo de manera abstracta violando el principio de legalidad. Solicitan que este Tribunal tenga presente, al resolver, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1993.

Con relación al Decreto Ley Nº 25659, que tipifica el llamado delito de traición a la patria, en realidad □dicen□ no tipifica ninguna figura nueva de delito, no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo establecido en el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475; y que su objetivo fue trasladar arbitraria e inconstitucionalmente el procesamiento y juzgamiento de civiles al fuero militar, no permitido por la Constitución de 1979, con lo cual también se ha violado el principio de legalidad.

Las modalidades delictivas descritas en los Decretos Leyes N.os 25475 y 25659, según los demandantes, están comprendidas indistintamente tanto dentro del delito de terrorismo como del delito de traición a la patria. Consideran que se ha violado, de esa manera, el principio de legalidad previsto en las Constituciones de 1979 y 1993 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. La demanda, también, se funda en el derecho de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, lo que no podía ocurrir por cuanto los miembros de las Fuerzas Armadas estaban encargados de reprimir y combatir directamente a una de las partes del conflicto armado interno, siendo los militares la otra parte. Agregan que es el Poder Ejecutivo el que nombra a los jueces militares, quienes actúan con sujeción a la obediencia a sus superiores, vulnerándose el principio de que nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal.

Consideran los demandantes que los Decretos Leyes que impugnan impiden el ejercicio del derecho de defensa, que es una garantía constitucional, al no permitir que los abogados defensores patrocinen simultáneamente a más de un encausado, así como el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto imponen al Juez Penal que dicte el auto apertorio de instrucción con orden de detención. También sostienen los accionantes que se viola los derechos constitucionales a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y la tutela jurisdiccional, a no ser incomunicado sino tan sólo por el tiempo necesario, a la pluralidad de instancias, entre otros.

Los demandantes, igualmente, invocan el artículo 8º, inciso 1), del Pacto de San José de Costa Rica y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en el caso de Jaime Castillo Petruzzi y otros, en que se “Ordena al Estado Peruano adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción sin excepción alguna”.

Finalmente, los demandantes estiman que los Decretos Leyes materia de la acción de inconstitucionalidad violan los derechos constitucionales a las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento, de respeto de la integridad física, psíquica y moral de las personas, de privación de la libertad mediante cadena perpetua, por ser inhumana, cruel y degradante, de proporcionalidad de las penas, de negación de los beneficios penitenciarios y del derecho internacional humanitario.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, la misma que se limita exclusivamente a solicitar que, revocándose el auto admisorio de la demanda, se declare inadmisibile la acción de inconstitucionalidad presentada. Sostiene que el 24 de junio de 1996, fecha en que quedó constituido el Tribunal Constitucional, el plazo de prescripción de las acciones de inconstitucionalidad era de 6 meses, por lo que, tratándose de decretos leyes publicados antes de dicho mes, el plazo para interponer la demanda contra las normas impugnadas prescribió el 24 de diciembre de 1996.

FUNDAMENTOS

I. La posición institucional y la delimitación del petitorio

1. La acción terrorista en nuestro país se convirtió en la lacra más dañina para la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y para la consolidación y promoción de los principios y valores que sustentan la vida en democracia.

Los execrables actos de violencia terrorista, que han costado irreparables pérdidas de miles de vidas humanas y la significativa depredación de los bienes públicos y privados, expresan la magnitud y el horror sumo que generan las conductas brutalizadas, en su afán de "construir", para sí, una sociedad donde se asiente el fanatismo irracional, la exclusión, la intolerancia y la supresión de la dignidad humana como condición básica y elemental para la convivencia dentro de la comunidad.

2. Tras las atrocidades de las agrupaciones violentistas apareció también, residualmente, un comportamiento estatal innoble a la causa de los derechos humanos, infecundo para la cimentación de los valores democráticos y ofensivo a las leyes del Creador. En las actuales circunstancias, es un imperativo histórico reencauzar la lucha contra la violencia sin distinción de signo, origen o fuente de inspiración. Para tal efecto, el respeto a la dignidad de la persona debe ser el parámetro que oriente tal reformulación de la política antisubversiva.

Consustancial a ello es, también la necesidad de conocer la verdad y la búsqueda de la justa sanción a los responsables de hechos ignominiosos. El Estado está obligado ética y jurídicamente a investigar la violación de los derechos humanos cometidos a lo largo de estos luctuosos años. Para que ello ocurra civilizadamente, se requiere, entre otras medidas, adecuar la normatividad de conformidad con los estándares establecidos por la comunidad internacional.

3. No es parte de esta demanda de inconstitucionalidad, ni sería atribución del Tribunal Constitucional, la aplicación del artículo 307° de la Constitución Política del Perú de 1979, para sancionar a quienes participaron o se beneficiaron con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992. La referida Carta estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en que fue sustituida por la actual Constitución, conforme a su Decimosexta Disposición Final y Transitoria. Sin embargo, ello no es óbice para que los agentes de los actos de fuerza y los principales funcionarios del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no sean pasibles de ser juzgados por los ilícitos penales que hayan perpetrado, sin mengua de que el Congreso de la República pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todos o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

En ese contexto, se dictaron los decretos leyes impugnados. Tales actos emanados del gobierno de facto encabezado por el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, fueron convalidados, posteriormente, por el Congreso Constituyente Democrático, así como el referéndum del 31 de octubre de 1993, y sucesivos procesos electorales, de cuya transparencia, el

Tribunal Constitucional, en este proceso, no se pronuncia.

II. La separación y la usurpación de poderes

4. De acuerdo con la Ley de Bases de la Constitución, de 17 de diciembre de 1822, el Perú se organizó como República con sujeción al principio de separación de poderes. Sin embargo, la agitada y dramática realidad de nuestra patria acredita también que, en casi dos terceras partes de su vida independiente, fue gobernada por regímenes emanados del golpe militar o del fraude electoral.

5. En los últimos cien años, se han advertido los siguientes hechos, que conspiran contra aquel principio:

a) El 4 de febrero de 1914, el Congreso de la República “Tributa un voto de aprobación y de gratitud pública al Jefe del Estado Mayor General del Ejército, coronel don Óscar R. Benavides, a los jefes y oficiales y a los soldados todos del Ejército y de la Armada que les han secundado en el restablecimiento del orden institucional, por su conducta y abnegación en los acontecimientos que han puesto término a la reciente dictadura”, y nombra una Junta de Gobierno integrada por los señores Óscar R. Benavides, J. Matías Manzanilla, Arturo Osorio, José Balta, Rafael Grau y Benjamín Boza, que el mismo día es reemplazada por la Presidencia Provisional del coronel Óscar R. Benavides, según la Resolución Legislativa N.º 1858.

b) El 4 de julio de 1919, el electo Presidente de la República, Augusto B. Leguía, depone al Presidente José Pardo y Barreda; e instaura un gobierno de facto, denominado Gobierno Provisional, y convoca a elecciones de una Asamblea Nacional.

c) Dicha Asamblea, efectivamente, por Ley N.º 3083, de 25 de setiembre de 1919, aprueba “todos los actos practicados por el Gobierno Provisional para hacerse cargo del Poder, para convocar al pueblo al plebiscito nacional y para conservar el orden”.

d) Sin sujeción a la Carta Política de 1920 y para dar término al oncenio de Leguía, un autodenominado gobierno revolucionario inició su gestión con el Decreto Ley N.º 6874, de 2 de setiembre de 1930, y concluyó con el Decreto Ley N.º 7475, de 25 de noviembre de 1931.

e) Como consecuencia del golpe militar del 27 de octubre de 1948, violando la misma Carta de 1933, se dictaron los Decretos Leyes N.os 10889 a 11488, validados por la Ley N.º 11490, de 28 de julio de 1950.

f) Luego del golpe militar del 18 de julio de 1962, bajo la nominal vigencia de la propia Constitución de 1933, se expidieron los Decretos Leyes N.os 14167 a 14627.

g) Transgrediendo la Constitución Política de 1979, con el golpe de Estado de 5 de abril de 1992, se rompió el sistema democrático mediante el Decreto Ley N.º 25418 y concluyó con el Decreto Ley N.º 26162.

h) Los Decretos Leyes dictados por el autodenominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” fueron validados por la llamada Ley Constitucional de 9 de enero de 1993.

6. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que los Decretos Leyes impugnados tienen origen ilegítimo; pero han sido y siguen siendo aplicados. Su expedición se realiza cada vez que se ha quebrado el orden constitucional, esto es, bajo un régimen de facto. Son normas que se introducen con violación del ordenamiento señalado en la Constitución. Es decir, se trata de actos de gobierno que, por su propia naturaleza, son dictados en oposición a las normas constitucionales que disciplinan el ejercicio de la función legislativa.

III. La legislación antiterrorista

7. El Congreso de la República delegó facultades legislativas en el Presidente de la República mediante la Ley N.º 23230, publicada el 15 de diciembre de 1980, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188º de la Constitución Política de 1979. En uso de esa atribución constitucional delegada fue expedido el Decreto Legislativo N.º 46, de 10 de marzo de 1981, por el cual se establecieron severas sanciones para quienes, con propósito de intimidación, alterasen la paz interna o el orden público empleando explosivos o bombas hasta llegar al extremo de poner en peligro la vida o la salud de las personas o causarles la muerte. Dicho Decreto Legislativo sustituyó al Decreto Ley N.º 20828 y tuvo por objeto “acondicionar las normas represivas y procesales a los principios del Derecho Procesal Liberal, que garanticen una justa aplicación de la Ley punitiva, con mayor razón cuando la República ha retornado irrenunciablemente al cauce de su vida constitucional y democrática”.

8. Diez años después, también por delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, a través de la Ley N.º 25280, publicada el 30 de octubre de 1990, se promulgó el Código Penal, mediante el Decreto Legislativo N.º 635, de 3 de abril de 1991, en cuyos artículos 319.º a 324.º se tipificó el delito de terrorismo en sus diversas modalidades. Estas normas, por lo tanto, sustituyeron a las que contenía el Decreto Legislativo N.º 46.

Cuando el Código Penal cumplía un año de vigencia, se produjo el golpe de Estado de 5 de abril de 1992 que, mediante los cuatro Decretos Leyes materia de esta demanda de inconstitucionalidad, abrogaron la legislación precedente.

IV. El control de constitucionalidad de los Decretos Leyes expedidos con anterioridad a la Constitución de 1993

9. Los Decretos Leyes aluden a disposiciones de naturaleza jurídica sui géneris dictadas por un poder de facto que ha reunido para sí □ contra lo establecido en el ordenamiento constitucional □ las funciones parlamentarias y ejecutivas. Se trata de disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa, las mismas que, con prescindencia de las formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son, pues, expresiones normativas de origen y formalidad espurios, que, empero, se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza.

§4.1. El problema de la vigencia de los Decretos Leyes

10. El tema del reconocimiento, aplicabilidad y exigibilidad del cumplimiento de los Decretos Leyes es observado, según la doctrina, en función del “tiempo político” que se vive dentro de una comunidad política. En ese sentido, se plantean dos problemas: la vigencia de los Decretos Leyes durante la existencia de un gobierno de facto y la vigencia y validez de los Decretos Leyes al restaurarse el Estado de Derecho. Como es obvio, corresponde detenerse en el análisis del segundo caso.

11. La doctrina establece que durante el período que sigue a la desaparición de un gobierno de facto, la vigencia de los Decretos Leyes se procesa de conformidad con la teoría de la caducidad, la teoría de la revisión o la teoría de la continuidad.

12. La teoría de la caducidad □ que plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, dichas normas dejan ipso facto de tener vigencia □ no ha tenido aceptación en nuestro país; al extremo de haber sido utilizada una sola vez, a través de la ley del 20 de diciembre de 1895, que declaró inexistentes los actos gubernativos y las leyes aprobadas durante el período 1894-1895.

13. En cambio, la teoría de la continuidad utilizada en amplios momentos de nuestra historia y la teoría de la revisión son las que han permitido afrontar el delicado problema de la vigencia de los Decretos Leyes.

Según la teoría de la continuidad, los Decretos Leyes perviven o mantienen su vigencia □ surtiendo todos los efectos legales □ no obstante producirse la restauración del Estado de Derecho. Estos solo perderán vigencia en caso de que el Congreso posterior a un gobierno de facto dicte leyes que los abroguen, modifiquen o sustituyan, según el caso.

Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica. En el caso de los Decretos Leyes, dicho fin implica resguardar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y la de los bienes jurídicos (vida, propiedad, honor, etc.) que se encuentran amparados por ellos, sin mengua de reconocer que este amparo haya sido establecido de manera no formal.

14. En efecto, durante el interregno del Estado de Derecho □ como consecuencia de la imposición de un gobierno de facto □ surgen inevitablemente relaciones interpersonales reguladas por Decretos Leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia sui géneris de estos, sería abrir un largo, oscuro e inestable “paréntesis jurídico” que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc., que el Estado hubiese establecido en su relación con los ciudadanos. Desde ambas perspectivas □ la ciudadanía y la organización estatal □, se perpetraría un inmenso perjuicio para la vida coexistencial y la normal marcha del cuerpo político.

15. Así, el desconocimiento a priori y genérico de la totalidad de los Decretos Leyes, luego de restaurarse el Estado de Derecho, generaría incertidumbre, caos, desorden, riesgo y amenaza para las relaciones entre los ciudadanos y entre estos y el Estado.

16. Por su parte, la teoría de la revisión plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, los Decretos Leyes deben ser objeto de un examen de vigencia. Para tal efecto, el Congreso de la República se pronuncia por el mantenimiento o no en el sistema jurídico.

§4.2. Los Decretos Leyes y la impugnación por vicios de forma

17. Dos son las cuestiones adjetivas que se suscitan de la impugnación de los Decretos Leyes N.os 25475, 25659, 25708 y 25880:

a. La competencia del Tribunal Constitucional para juzgar la validez constitucional de los Decretos Leyes en cuanto normas no enunciadas en el inciso 4) del artículo 200.º de la Constitución; y,

b. Los alcances del control de constitucionalidad en tanto normas anteriores a la Constitución de 1993.

18. Con relación al primer aspecto, el Tribunal Constitucional considera que los Decretos Leyes constituyen un fenómeno sui géneris, ya que son producto de la violación de las normas sobre producción jurídica señalada en la Constitución; y mantienen relación con la vida jurídica sólo por las razones expuestas al fundamentar la teoría de la continuidad.

19. En el caso particular de los Decretos Leyes impugnados, la singularidad del problema, más allá de su origen (antes analizado), se centra en la “convalidación” efectuada por la Ley Constitucional de 9 de enero de 1993 y sus alcances.

A juicio del Tribunal Constitucional, tal “convalidación” no debe entenderse en el sentido de que su contenido haya quedado “constitucionalizado” ni que no se pueda intentar reforma legislativa sobre ellas una vez disuelto el CCD, o, a su turno, que hayan quedado inmunes a un control posterior. No sólo porque ese no es el sentido del artículo 2° de la referida Ley Constitucional, sino también porque tales Decretos Leyes deben considerarse como actos con jerarquía de ley y, por lo tanto, susceptibles de ser modificados o derogados por otras de su mismo valor y rango; y, por ende, sujetos al control de la constitucionalidad.

20. Por ello, el Tribunal Constitucional juzga que dicha Ley Constitucional sólo ha tenido el propósito de señalar que se trata de normas que “pertenecen” al ordenamiento jurídico nacional, esto es, que existen, pese a su origen espurio. Sin embargo, la pertenencia de una norma jurídica al ordenamiento no es sinónimo de validez.

21. Por lo demás, esa ha sido la línea jurisprudencial mantenida por este Colegiado desde el inicio de sus actividades. En efecto, el Tribunal no sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los Decretos Leyes, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, sino que, además, ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad. Por ejemplo, con relación a un Decreto Ley (el N.º 25967), el Tribunal Constitucional dictó ya la sentencia de 23 de abril de 1997, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 del mismo mes (Exp. N.º 007-96-I/TC).

El Tribunal Constitucional es, pues, competente para determinar la constitucionalidad de los Decretos Leyes impugnados, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad (art. 1° de la LOTC).

V. Los Decretos Leyes y las cuestiones de orden material

22. Los demandantes han alegado la inconstitucionalidad, desde su origen, de los Decretos Leyes N.os 25475, 25659, 25708 y 25880, por cuanto no fueron aprobados y promulgados en la forma establecida por la Constitución de 1979. El Tribunal Constitucional considera, a la luz de lo expuesto precedentemente, que el problema planteado respecto de tales Decretos Leyes no radica tanto en determinar si estos se introdujeron respetándose los límites formales impuestos por la

Constitución de 1979, sino en examinar si son compatibles, por el fondo, con la Constitución de 1993.

23. A este respecto, ya se ha precisado que mediante la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 se declaró que los Decretos Leyes expedidos por el gobierno de facto mantenían plena vigencia en tanto no fueran derogados, modificados o revisados, por lo que no puede efectuarse un control formal de constitucionalidad de acuerdo con la Carta de 1979.

Además, al plantearse la demanda de inconstitucionalidad contra dichos Decretos Leyes, ya no se encontraba en vigencia la Constitución de 1979, sino la de 1993. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional considera que sustituido el canon o parámetro de control, cualquier control sobre la legislación preconstitucional debe resolverse conforme a las disposiciones sustantivas previstas por la nueva Constitución, esto es por la Carta de 1993.

24. No obstante no es ajeno al Tribunal Constitucional que, tratándose del control de la legislación preconstitucional, el juicio de compatibilidad entre la Ley anterior (o Decreto Ley) y la Constitución actual, no se resuelve únicamente en un control de validez bajo los alcances del principio de jerarquía, sino, incluso, en uno de mera vigencia. En efecto una vez que entra en vigencia una nueva Constitución, ésta es capaz de derogar tácitamente la legislación “preconstitucional” que se le oponga, pues también en este caso es de aplicación el principio “lex posterior derogat priori”. Sin embargo, lo anterior no impide que, en el seno de una acción de inconstitucionalidad, este Tribunal pueda declarar su inconstitucionalidad en caso de ser incompatible con la nueva Constitución.

25. Es cierto que el supuesto de derogación tácita y la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional no son operaciones análogas y de efectos similares. Mientras que la primera la realiza el Juez y tiene efectos interpartes; la segunda es competencia del Tribunal Constitucional y, en virtud de los efectos de sus sentencias, tiene alcance general *erga omnes*- y vincula a todos los poderes públicos, incluido obviamente al propio Poder Judicial.

Por lo tanto, habiéndose promovido una acción de inconstitucionalidad contra leyes preconstitucionales, el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse sobre su compatibilidad, por el fondo, con la Constitución de 1993.

VI. EL CARÁCTER Y ALCANCE DE LA SENTENCIA

§6.1. Conceptos Previos

26. Teniendo en cuenta la trascendencia de la presente acción de inconstitucionalidad en la vida social y jurídica del país, es necesario que el Tribunal Constitucional proceda a efectuar una explicación del tipo de sentencia que hoy dicta, con varios registros en la jurisprudencia comparada y fecundo desarrollo en la doctrina de la jurisdicción constitucional.

27. El Tribunal Constitucional, por mandato de la Constitución del Estado, tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, ya sea por vicios de forma o fondo; además, el artículo 35° de la Ley N.° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que sus fallos son vinculantes para todos los poderes públicos, y de manera específica para los jueces, pues estos, de conformidad con la primera disposición general de la ley acotada, “(...) interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resultan de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

28. Aún cuando en “cada país y casi cada autor, tienden a elaborar tipologías diferentes” de sentencias (E. Aja y M. Gonzáles, “Conclusiones generales”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 275), tradicionalmente, según se acoja o rechace el petitorio de la demanda, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden clasificarse en sentencias “estimatorias” o “desestimatorias”; sin embargo, el dinámico contexto social de nuestro país ha obligado a este Colegiado, como a su turno lo hicieron otros tribunales análogos al nuestro (como los de Italia, España y Alemania), a dictar resoluciones que en cierta medida se apartan de esta distinción clásica, innovando de ese modo la tipología de sus sentencias.

29. Es el caso de las sentencias denominadas interpretativas. Mediante tales sentencias, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley.

Las sentencias interpretativas, cuyo fallo se pronuncia fundamentalmente respecto al contenido normativo, pueden ser, a su vez, estimatorias y desestimatorias. Mediante ellas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la

medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución.

30. Por el contrario, mediante las sentencias denominadas aditivas, se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (“en la parte en la que no prevé que (...)”) que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido.

31. A diferencia de estas, las sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la “reconstruye”, a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados. Tales decisiones □las aditivas y las sustitutivas□, en realidad, no innovan el ordenamiento jurídico, si es que con ello se quiere expresar el acto por el cual el Poder Legislativo innova el ordenamiento jurídico “escribiendo” y poniendo en vigencia nuevas disposiciones legales, pues evidentemente, el Tribunal Constitucional no tiene capacidad para hacerlo.

32. Finalmente, también existen las sentencias exhortativas, que son aquellas en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, sin embargo, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado).

33. En cualquiera de los casos, detrás de dichas sentencias se halla la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal. Al igual que cualquier sentencia constitucional, ellas también vinculan a los poderes públicos, y si bien no determinan un plazo concreto o determinado dentro del cual deba subsanarse la omisión, sin embargo, transcurrido un plazo de tiempo razonable, a propósito de la protección de derechos constitucionales, pueden alcanzar por completo sus efectos estimatorios, hasta ahora solo condicionados.

Así expuesto el carácter de esta sentencia, bien puede decirse que la presente es una sentencia “estipulativa”, puesto que expone los

conceptos, alcances y efectos de la sentencia, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos.

§6.2. La legitimidad de las sentencias interpretativas

34. La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible sólo si se tiene en cuenta que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias (Riccardo Guastini, “Disposizione vs. norma”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, pág. 3 y ss.). En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir:

- a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y,
- b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma).

35. Siendo objeto del examen de constitucionalidad el texto y su sentido normativo, el análisis deberá necesariamente realizarse en el marco de una realidad concreta, tanto jurídica como social, es decir, con la perspectiva analítica del derecho en acción, vivo, y la aplicación específica de la norma.

El Tribunal, por lo demás, enfatiza que el fundamento y la legitimidad de uso de este tipo de sentencias radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional; además, se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica. Por tales razones, el Tribunal Constitucional sostiene que dictar en el presente caso una sentencia interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa y estipulativa, no solamente es una potestad lícita, sino fundamentalmente constituye un deber, pues es su obligación la búsqueda, vigencia y consolidación del Estado Constitucional de Derecho, siempre fundada en los principios y normas constitucionales y los valores que configuran la filosofía jurídico-política del sistema democrático.

VII. La inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria

36. El Tribunal Constitucional comparte el criterio sostenido por los demandantes en relación con el tipo penal para el delito de traición a la patria. En efecto, este delito no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo tipificado en el artículo 2.º del Decreto Ley N.º 25475. Ello fluye del texto mismo del artículo 1.º del Decreto Ley N.º 25659, cuando indica que “Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2º del Decreto Ley N.º

25475” (...). Similar criterio se deriva de un examen comparativo de las modalidades previstas en los artículos 1° y 2° del Decreto Ley N.° 25659 con las especiales características que se exigen en los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N.° 25475. En esencia, pues, un mismo hecho está regulado bajo dos tipos penales distintos.

37. En la misma situación se encuentran los siguientes casos: el inciso a) del artículo 1.° y el inciso a) del artículo 2.° del Decreto Ley N.° 25659, los que se asimilan a los artículos 2° y 3°, inciso a), primer párrafo, del Decreto Ley N.° 25475, respectivamente. El inciso b) del artículo 2.° del Decreto Ley N.° 25659 se asimila al artículo 3.°, inciso a), segundo párrafo, del Decreto Ley N.° 25475. El inciso c) del artículo 2.° del Decreto Ley N.° 25659 se asimila al inciso a) del artículo 4.° del Decreto Ley N.° 25475. Y, finalmente, el inciso b) del artículo 1.° del Decreto Ley N.° 25659 se asimila al inciso e) del artículo 4.° del Decreto Ley N.° 25475.

38. En este contexto, si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido. En esencia, el legislador sólo ha reiterado el contenido del delito de terrorismo en el tipo relativo al de traición a la patria, posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria.

39. A juicio del Tribunal Constitucional, ello afecta el principio de legalidad penal, ya que da lugar a un inaceptable grado de discrecionalidad del Ministerio Público y las autoridades judiciales, quienes podrían subsumir la comisión de un mismo delito en distintos tipos penales. Ese ha sido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido: “(...) las conductas típicas descritas en los Decretos Leyes N.os 25475 y 25659 □terrorismo y traición a la patria□ (...) podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos. (...) La imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculcados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal de conocimiento y el proceso correspondiente” (Caso Castillo Petruzzi, párrafo 119).

40. Además, el Tribunal Constitucional considera que, en el caso de las disposiciones impugnadas (artículos 1° y 2° del Decreto Ley N.° 25659), es posible detectar un vicio de irrazonabilidad de la ley, ya que mientras el legislador perseguía regular el tipo penal del delito de traición a la patria, sin embargo, al final, terminó regulando □en realidad, repitiendo□ el tipo penal del delito de terrorismo. Y todo ello, con el propósito de sustraer a la competencia de los jueces de la jurisdicción

ordinaria su juzgamiento, y, al mismo tiempo, modificar el régimen de las penas aplicables.

41. El Tribunal Constitucional estima, por lo tanto, que debe declararse la inconstitucionalidad de los artículos 1.º y 2.º del Decreto Ley N.º 25659 y, por conexión, debe extender sus efectos a los artículos 3.º, 4.º, 5.º y 7.º del mismo Decreto Ley N.º 25659.

Asimismo, por idéntica razón, son inconstitucionales los artículos 2º, 3º y 4º del mismo Decreto Ley N.º 25744. Finalmente, en lo que se refiere al artículo 8º del referido Decreto Ley N.º 25659, se debe precisar que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º del Decreto Ley N.º 25659, el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325.º del Código Penal mantiene su plena eficacia, puesto que, como expresa el referido artículo 8.º del Decreto Ley N.º 25659, este no fue derogado sino quedó en suspenso.

42. Con relación al artículo 6.º del Decreto Ley N.º 25659, relativo a las acciones de hábeas corpus, por conexión, también es inconstitucional la frase “o traición a la patria”, por lo que dicho precepto subsistirá de la siguiente manera: “La acción de habeas corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12.º de la Ley N.º 23506, en favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo, debiendo observarse las siguientes normas de procedimiento: (...)”. Este último precepto, en los términos antes mencionados, no impide la interposición del hábeas corpus cuando una persona se encuentre procesada por el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325º del Código Penal, en cuyo caso se aplicarán las reglas previstas en las Leyes N.os 23506 y 25398.

VIII. El principio de legalidad respecto del tipo penal de terrorismo

43. Los demandantes consideran que el artículo 2.º del Decreto Ley N.º 25475, que contiene el tipo base del delito de terrorismo, vulnera el principio de legalidad penal reconocido en el artículo 2.º, inciso 24), literal “d”, de la Constitución. En efecto, sostienen que, “en contra de esta disposición constitucional, que consagra el principio de legalidad, el artículo 2º del Decreto Ley 25475 define el llamado delito de terrorismo de manera abstracta, general e imprecisa, pues dice “realiza actos” pero no dice qué tipo de actos. El mismo artículo dice “empleando materias” pero no precisa qué tipo de materias, para luego agregar “o artefactos explosivos” como si materia y artefacto explosivo fueran lo mismo. Del mismo modo dice “cualquier otro medio”.

El texto legal del artículo en cuestión es el siguiente:

“El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios

de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.”

Adicionalmente, afirman que el legislador “ha dejado el libre camino para interpretaciones extensivas inapropiadas, abusivas y arbitrarias, violatorias del principio de legalidad, base del ordenamiento penal”.

§8.1. Alcances y límites del principio de legalidad penal (artículo 2.º, inciso 24), literal “d”, de la Constitución)

44. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución Política del Perú, según el cual “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)”. Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.º, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9.º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.º).

45. El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “expresa e inequívoca” (Lex certa).

46. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Esta exigencia de “lex certa” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya

que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que “en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje” (CURY URZUA: Enrique: La ley penal en blanco. Temis, Bogotá, 1988, p. 69).

47. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: El Sistema Constitucional Español, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique: Manual de Derecho Penal, Parte General. Temis. Bogotá, 1989, p.35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso “Encuesta a boca de urna” (Exp. N.º 002-2001-AI/TC), citando el Caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, “una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad” (Fundamento Jurídico N.º 6).

48. Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que “la exigencia de “lex certa” no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (STC 69/1989).

49. En esta perspectiva, el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación.

50. Así resulta del examen del Código Penal promulgado mediante el Decreto Legislativo N.º 635, de 3 de abril de 1991, que usa figuras penales abiertas en los artículos 145.º y 179.º “cualquier otro medio”, 154.º “u otro medio”, 157.º “u otros aspectos”, 161º “u otro documento de naturaleza análoga”, 170.º, 171.º, 172.º, 173.º, 174.º y 176.º “u otro análogo”, 185.º “o cualquier otra conducta”, 190.º “ otro título semejante”, 192.º “cualquier otro motivo”, 196.º “otra forma fraudulenta”, 198.º “ cualquier medio fraudulento”, el 210º “cualquier otro acto” , 233º, 237º, 253º y 345º “de cualquier manera”, 238º “cualquier medio”, 268º “cualquier artificio”, 273º “cualquier clase”, 276º y 280º “cualquier otro medio análogo”, 277º “otros medios”, 283º

“similares”, 330° “cualquier otro móvil innoble”, 393°, 394°, 398°, 398°-A y 400° “cualquier otra ventaja” y 438° “de cualquier otro modo”.

51. El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa (BUSTOS R., Juan: Introducción al Derecho Penal. Temis. Bogotá, 1986, p. 62; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1990, p.61).

52. Nuevamente, en la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener “un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término “concepto jurídico indeterminado” se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de la lex certa (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (...)” (STC de 29 de setiembre de 1997).

§8.2. Examen de constitucionalidad de las normas cuestionadas con relación al principio de legalidad

53. Dentro de los criterios expuestos corresponde al Tribunal Constitucional analizar los dispositivos impugnados en la demanda.

54. La primera objeción de constitucionalidad que se hace a la norma en análisis radica en que define el delito de terrorismo de manera “abstracta, general e imprecisa”. Sobre este particular, debe tenerse presente que tanto las normas jurídicas, en general, como los tipos penales, en especial, tienen, por su propia naturaleza, un carácter abstracto y general; por lo que tales características, per se, no vulneran norma constitucional alguna.

55. Diferente es el caso del carácter “impreciso” de la norma penal que también se cuestiona; pues, como se ha indicado, el legislador, por mandato constitucional, debe tipificar los delitos de manera expresa e inequívoca, por lo que cabe analizar cada uno de los conceptos cuestionados a fin de verificar si se ha observado esta garantía.

56. Respecto a la frase “realiza actos”, cuestionada por los demandantes en razón de que “no precisa de qué tipo de actos se trata”, este Tribunal considera que esta supuesta imprecisión del tipo origina una aparente vulneración del principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal

Constitucional aprecia que tal hecho no es suficiente para excluir, por inconstitucional, del tipo penal la palabra “actos”, ya que tales “actos” son los que están dirigidos a afectar la vida, el cuerpo, la salud, etc., con el objeto de crear zozobra o pánico en la comunidad. Es decir, este Tribunal entiende que ella, como se desprende por lo demás de una interpretación lógica del precepto analizado, se refiere a la comisión de “delitos (...)”. Así delimitado el alcance de la norma bajo análisis, presenta un grado de determinación razonable, suficiente para delimitar el ámbito de la prohibición y para comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal, por lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, no vulnera el principio de legalidad.

57. También se alega vulneración del principio de legalidad penal puesto que la norma en referencia utiliza la expresión “empleando materias”. Se sostiene que es inconstitucional, pues no precisa qué tipo de materias, para luego agregar “o artefactos explosivos (...)”, como si materia y artefacto explosivo fueran lo mismo. Al respecto, este Tribunal debe señalar que, si bien es cierto que la norma utiliza la frase “empleando (...) materias o artefactos explosivos”, lo importante es evaluar si ella puede ser interpretada de manera que la prohibición penal quede adecuadamente determinada.

58. En este sentido, incluso desde una interpretación gramatical, es perfectamente posible concluir que el tipo penal se refiere a dos medios distintos: “materias explosivas” y “artefactos explosivos”. Ambas expresiones tienen un significado distinto: la “materia explosiva” está referida a aquellas sustancias con potencialidad explosiva per se, que no requiere de mecanismos complejos en su elaboración; en cambio, el artefacto explosivo está referido a aquellos aparatos para cuya elaboración se requiere de conocimientos especiales. Adicionalmente, debe señalarse que la norma en cuestión no considera suficiente el uso de cualquier materia explosiva o artefacto explosivo, sino que requiere que éstas sean de una entidad tal que resulten capaces de causar cualquiera de los siguientes efectos: “estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”.

59. Así precisado el alcance de la norma bajo análisis, presenta un grado de determinación razonable, suficiente, para delimitar el ámbito de la prohibición y para comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal, por lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, no vulnera el principio de legalidad.

Desde luego, una interpretación distinta de la que se acaba de exponer, que amplíe el alcance de la prohibición penal por encima de los límites trazados (malam parten), resultaría contraria al principio de legalidad.

§8.3 Examen de la acción típica

60. Del texto del artículo 2° del Decreto Ley N.° 25475 citado, se observa que el legislador ha previsto tres modalidades de conductas básicas: provocar, crear o mantener un estado de zozobra, alarma o temor en la población o un sector de ella; y actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio y el empleo de medios idóneos para causar esos estragos, es decir, debe tenerse presente que esas 2 modalidades per se no constituyen delito de terrorismo, sino que se requiere, además, de la actuación a través de los medios típicos previstos en la ley (“empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”). Estos medios típicos deben ser interpretados restrictivamente, según se establece más adelante.

61. La primera modalidad de la acción: atemorizar a la población. La acción de provocación, creación o mantenimiento de un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, ha sido prevista por el legislador como una exigencia objetiva (elemento del tipo objetivo), a diferencia de la legislación antiterrorista previa, que lo consideraba como un elemento subjetivo (es el caso del Decreto Legislativo N.° 46 que en su artículo 1° hace referencia al “propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella”).

62. Una interpretación que considere que la acción bajo comentario tiene la condición de elemento objetivo resulta atentatoria del principio de culpabilidad, que, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado. Por ende, no basta la sola afectación o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos que el Derecho Penal protege. El principio según el cual “no hay pena sin dolo o culpa” exige que el actor haya actuado con voluntad de afectarlos. Ese criterio está recogido en el artículo 12.° del Código Penal de 1991.

63. Sin embargo, tal omisión de ese elemento subjetivo no es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de todo el enunciado del artículo 2° del Decreto Ley N.° 25475, por no preverla o contemplarla. Únicamente cabría declarar la inconstitucionalidad de la “norma implícita”, esto es, del sentido interpretativo que se deriva de la omisión aludida, considerando que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias. Así, mientras que por “disposición” debe entenderse □al enunciado de un precepto legal□; por “norma”, en cambio, debe entenderse □el sentido o los sentidos interpretativos que de dicho enunciado se puedan derivar□ (Crisafulli, Vezio, “Disposicione e norma”, en Enciclopedia del Diritto, Vol. XIII, 1964, pág. 195 y ss.).

Es decir, es inconstitucional el sentido interpretativo que excluye del tipo cualquier referencia a la responsabilidad o culpabilidad del sujeto. Por lo tanto, los jueces no pueden condenar, al amparo de dicho artículo 2° del Decreto Ley N.° 25475, a una persona por el solo hecho de que se haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos señalados en la misma disposición legal sin tomar en cuenta el análisis de su culpabilidad.

64. El principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, la aplicación del artículo 2° del Decreto Ley N.° 25475 queda supeditada a que, al infringirse los bienes jurídicos señalados por la norma penal, ello se haya realizado con intención del agente. A mayor abundamiento, la prohibición de que la pena sólo pueda basarse en un tipo de responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, según el cual “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

65. Por ello, el Tribunal considera que es inconstitucional la norma implícita que se deriva de la frase “El que provoca, crea o mantiene”, en la medida en que no prevé la responsabilidad subjetiva, esto es, la intención del agente como la susceptible de reprocharse penalmente; por lo que tal frase, extendiendo los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal sobre el artículo 2° del Decreto Ley N.° 25475, subsistirá con el mismo texto, con el sentido interpretativo antes anotado: “El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella (...)”.

66. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que la formulación subsistente del tipo penal contemplado en el artículo 2° del Decreto Ley N.° 25475, no afecta tampoco al principio de reserva legal ni, su aplicación para casos pasados, constituye una infracción del principio de irretroactividad de la ley o, acaso, al propio principio de legalidad penal.

67. En efecto, la norma que exige la responsabilidad subjetiva como condición para imponerse una pena, se encuentra comprendida en el ordenamiento penal, de manera que cuando este Tribunal Constitucional adiciona, con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal (*bonam partem*), ya previsto en el ordenamiento, esto es, en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal (Cf. Crisafulli, Vezio, “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, en Nicola Occhiocupo, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, Cedam, Padova 1984, pág. 85). Aún así, este Tribunal Constitucional debe señalar que, en la noción de ley, a la cual se refiere el principio de legalidad penal, para reservar la determinación de las

hipótesis del delito, incluso, debe considerarse las sentencias del Tribunal Constitucional” que, por su propia naturaleza, tienen valor de ley. (Pizzorusso, Alessandro, “Las sentencias ´manipulativas´ del Tribunal Constitucional italiano”, en AA.VV. El Tribunal Constitucional, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981, pág. 292).

68. La segunda modalidad de la acción: actos contra bienes o servicios. Las cláusulas de interpretación analógica “medios de comunicación o de transporte de cualquier índole” y “cualquier otro bien o servicio”. Esta modalidad de acción típica ha sido individualizada por el legislador en los siguientes términos: “realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio”.

69. Se observan dos cláusulas abiertas: La primera, referida a los medios de transporte “de cualquier índole”, y, la segunda, a “cualquier otro bien y servicio” como objeto del atentado terrorista. En estos casos, el legislador ha utilizado las denominadas “cláusulas de interpretación o de extensión analógica”, que son aquellas que dejan abierta la posibilidad de que el juzgador complete el tipo aplicando un razonamiento analógico.

70. Un primer aspecto a dilucidar es la adecuación al principio *lex certa* de las “cláusulas de extensión analógica”. Para ello debe distinguirse dos supuestos diferentes: i) los casos de integración normativa, en los que, frente a un vacío normativo, el juzgador, utilizando la analogía con otras normas similares, crea una norma jurídica; y, ii) aquellos casos de interpretación jurídica en los que existe una norma, cuyo sentido literal posible regula el caso concreto, y el juzgador se limita a delimitar su alcance a través de un razonamiento analógico.

71. La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139.º, inciso 9), Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (En este sentido, Hurtado Pozo: A propósito de la interpretación de la ley penal. En Derecho N.º 46, PUCP, 1992, p. 89).

Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos. (BACIGALUPO: El conflicto entre el Tribunal constitucional y el Tribunal Supremo. En: Revista Actualidad Penal, N.º 38, 2002). Este es precisamente el caso de las cláusulas *sub examine*, por lo que no atentan contra el principio de *lex certa*.

72. Afirmada la constitucionalidad de las cláusulas en examen, en razón de la no afectación de la *lex certa*, en aras de contribuir con una tutela cabal del principio de legalidad, es importante que este Tribunal Constitucional precise los límites admisibles de interpretación de las cláusulas en examen (*lex stricta*).

En esta perspectiva, del texto de la norma se observa que ambas cláusulas (“de cualquier índole” y “cualquier otro bien y servicio”) están precedidas de la indicación de diferentes bienes, los que tienen la condición de bienes jurídicos penalmente tutelados por la respectiva normatividad penal. En consecuencia, la interpretación de la cláusula “contra la seguridad de (...) vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole” debe limitar su alcance a las conductas constitutivas del delito contra la seguridad pública que afecten a vías o medios de transporte o comunicación.

73. Por las mismas razones, la cláusula “contra la seguridad de (...) cualquier otro bien o servicio” debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a bienes o servicios que posean tutela penal específica en las diferentes modalidades de delitos contra la seguridad pública, previstos en el Título XII del Libro Segundo del Código Penal.

74. Tales pautas interpretativas, una vez más es preciso indicarlo, no afectan el principio de legalidad penal, pues se derivan de la propia formulación del precepto penal impugnado; de manera que, cuando este Tribunal Constitucional adiciona un sentido interpretativo, con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal (*bonam partem*).

§8.4. Tercera modalidad: Examen de los medios típicos

75. La norma se refiere a los “armamentos” como medio para la comisión del delito de terrorismo. Si bien una lectura superficial podría llevar a incluir dentro del alcance de esta expresión a cualquier instrumento vulnerante o contundente que sirva para causar un daño mayor que el que se podría causar con las manos; sin embargo, la propia norma limita los alcances del término comprendiendo sólo a aquellas armas que sean capaces de “causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”. (Véase PEÑA CABRERA, *Traición a la Patria y Arrepentimiento Terrorista*. Grijley, Lima, p. 75). Una interpretación que no tenga en consideración la potencialidad dañosa que debe tener el armamento, vulneraría el principio de legalidad.

76. Con relación a la frase “cualquier otro medio” puede suscitarse, *prima facie*, algún cuestionamiento, pues, ella individualmente considerada, parecería tratarse de una cláusula indeterminada. Sin

embargo, la propia norma permite determinar el contenido de los medios típicos por dos aspectos: en primer lugar, debe tratarse de un medio equivalente a los “armamentos, materia o artefactos explosivos” y, en segundo lugar, su idoneidad para “causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional juzga que una interpretación que extienda la prohibición al uso de cualquier medio, sin consideración a su equivalencia racional con “armamentos, materias o artefactos explosivos” y su potencial referido sólo a los casos de grave dañosidad, vulneraría el principio de *lex stricta*.

77. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que el texto del artículo 2° del Decreto Ley N.° 25475 emite un mensaje que posibilita que el ciudadano conozca el contenido de la prohibición, de manera que pueda diferenciar lo que está prohibido de lo que está permitido. Solo existe indeterminación en el tipo penal en relación con la necesidad de precisar el alcance de la expresión “actos” que debe ser entendida como hechos ilícitos, para precisar una más exacta delimitación conceptual. Dentro de los márgenes de indeterminación razonable que contiene esta norma, la aplicación de este dispositivo debe orientarse en el sentido indicado en las pautas interpretativas de esta sentencia, por lo que las interpretaciones que inobserven estas pautas vulneran el principio de legalidad (*lex stricta*).

78. En consecuencia, el artículo 2° de Decreto Ley 25475 subsiste con su mismo texto, el mismo que deberá ser interpretado de acuerdo con los párrafos anteriores de esta sentencia: “El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.”

78bis. Finalmente, el Tribunal Constitucional debe señalar que el delito previsto en el artículo 2° del Decreto Ley N°. 25475, exige necesariamente la concurrencia de los tres elementos o modalidades del tipo penal, además de la intencionalidad del agente. En efecto, como antes se ha descrito, el artículo 2 en referencia establece un tipo penal que incorpora tres elementos objetivos, los cuales deben concurrir necesariamente para la configuración del delito de terrorismo. La falta de uno de ellos, hace imposible la tipificación.

IX. La apología del terrorismo y las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento

79. Los demandantes plantean la inconstitucionalidad del delito de apología del terrorismo, previsto tanto en el artículo 7° del Decreto Ley N.° 25475 como en el artículo 1° del Decreto Ley N.° 25880, argumentando que tales previsiones vulneran el derecho constitucional a la libertad de expresión y difusión del pensamiento.

80. El Decreto Ley N.° 25475, en su artículo 7°, precisa que “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que, públicamente, a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana.”

81. Igualmente, el Decreto Ley N.° 25880, en su artículo 1°, sanciona la apología de terrorismo realizada por docente, en los siguientes términos: “El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva. Asimismo será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36° del Código Penal”.

82. Por su parte, la Constitución Política consagra el derecho a “las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley” (artículo 2.°, inciso 4).

Concierne a este Tribunal examinar la compatibilidad entre las figuras de apología referidas y el derecho constitucional a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento.

83. En este sentido, debe considerarse que las referidas libertades no son absolutas, sino que, por autorización del propio texto constitucional, pueden ser limitadas por ley (“bajo las responsabilidades de ley”). La limitación de estos derechos constitucionales solo se justifica si existen otros valores de igual rango que deben ser protegidos.

La apología supone una “alabanza o argumentos defensores del hecho que se elogia” (LAMARCA PÉREZ, Carmen: Tratamiento jurídico del terrorismo. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 289). “La apología es la exaltación sugestiva, el elogio caluroso, es alabar con entusiasmo” (PEÑA CABRERA, Traición a la Patria y

Arrepentimiento Terrorista, Grijley, Lima, 1994, p. 97). En consecuencia, los tipos penales en referencia sancionan la manifestación pública en términos de elogio o exaltación de determinadas acciones terroristas tipificadas en el Decreto Ley N.º 25475.

84. Cabe precisar que la apología no consiste en un acto de instigación, pues no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito. La instigación se realiza con relación a un sujeto determinado y para la perpetración de un hecho concreto. En cambio, en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del apologista. De lo expuesto se colige que cuando la conducta consiste en incitar a la comisión de un nuevo delito terrorista, ya sea a través del elogio o de cualquier otra forma directa o indirecta, es de aplicación el tipo penal de incitación previsto en el artículo 6º del Decreto Ley N.º 25475.

85. Si bien la apología no tiene por finalidad provocar nuevas acciones; sin embargo, su dañosidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo. (LAMARCA PÉREZ, op. cit. 292). Las actividades delictivas cometidas por grupos armados o elementos terroristas crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional (STC 199/1987). La apología del terrorismo no es una conducta irrelevante desde el punto de vista de los bienes jurídicos atacados por esos delitos.

86. Que, en abstracto, el legislador haya previsto como un ilícito penal la apología del terrorismo, no es, per se, inconstitucional, toda vez que se persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, como el libre desenvolvimiento de la personalidad de los estudiantes, a la par que bienes y valores constitucionalmente protegidos, como la preservación del orden democrático constitucional, sin el cual no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional, además, destaca el hecho de que la apología del delito está tipificada en el artículo 316º del Código Penal de 1991, que dispone:

“El que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la apología se hace de delito contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el

orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años.”

87. No obstante, como ya antes este Tribunal Constitucional ha sostenido, siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las libertades de información y expresión son consustanciales al régimen democrático-constitucional, pues contribuyen con la formación de una opinión pública libre. En consecuencia, al mismo tiempo de garantizarlas, el Estado está legitimado a reprimir a aquellas conductas que, con su ejercicio, busquen destruir el propio sistema democrático, ámbito natural donde es posible el goce y el ejercicio de todos los derechos fundamentales del ser humano.

Sin embargo, aún en esos casos, la represión penal de esas manifestaciones u expresiones, deben realizarse con el escrupuloso respeto de los límites a los que el ius puniendi estatal está sometido, de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades preferidas.

88. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 7 del Decreto Ley N°. 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley N°. 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, en este supuesto, no es preciso delimitar interpretativamente el supuesto prohibido en ambas disposiciones legales, toda vez que ella es expresión de una innecesaria sobrecriminalización, al encontrarse contemplado dicho ilícito en el artículo 316 del Código Penal, que obviamente queda subsistente.

Finalmente, no es ajeno al Tribunal Constitucional que, detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de estas libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.

En consecuencia, la aplicación de este artículo 316 del Código Penal ha

de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho. De ahí que no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituya delito; sino que deben respetarse ciertos límites. Estos son:

- a) Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;
- b) Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;
- c) Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,
- d) Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso.

X. El derecho al debido proceso

§10.1. El derecho de acceso a la justicia

89. Como ha señalado el Tribunal, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales (Caso Tineo Cabrera. Exp. N.º 1230-2002-HC/TC). Un planteamiento en contrario conllevaría la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a la justicia reconocido por el artículo 139.º, inciso 3), de la Constitución.

90. Si bien los demandantes, en el punto 3.13 de su demanda, hacen referencia a la vulneración del derecho constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, pues el artículo 6º del Decreto Ley N.º 25659 proscribía el acceso a las acciones de garantía en los casos de terrorismo y traición a la patria, lo cierto es que, como los propios demandantes reconocen, dicha disposición fue derogada del ordenamiento con la promulgación de la Ley N.º 26248, de 25 de noviembre de 1993. En efecto, el artículo 2º de dicha Ley modifica el artículo 6º del Decreto Ley N.º 25659, y estipula que la acción de hábeas corpus también es procedente para aquellos individuos implicados o procesados por los delitos de terrorismo y traición a la patria. Por ello, respecto de este punto específico de la pretensión, existe sustracción de la materia.

91. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera pertinente evaluar el inciso 4) del artículo 6º del Decreto Ley N.º 25659, modificado por el artículo 2.º de la Ley N.º 26248, y analizar su constitucionalidad

a la luz del derecho de acceso a la justicia y, específicamente, del derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales frente a actos que violan los derechos fundamentales, reconocido en el artículo 25.º, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El precepto aludido del Decreto Ley N.º 25659 señala:

“La acción de hábeas corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12º de la Ley N.º 23506, a favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo o traición a la Patria, debiendo observarse las siguientes normas de procedimientos:” (...)

4) No son admisibles las acciones de hábeas corpus sustentadas en los mismos hechos o causales, materia de un procedimiento en trámite o ya resuelto.”

92. Un sentido interpretativo de la norma en cuestión podría desembocar en la idea de que, no obstante la modificación realizada, aún existe una desproporcionada restricción del derecho de acceso a la justicia, pues es difícil concebir sustento en la interposición de una acción de hábeas corpus que no encuentre razón de ser en los hechos que son materia de procedimiento. Con lo cual, aun si existiera afectación del derecho a la libertad individual, si esta afectación se deduce de una irrazonada y desproporcionada valoración de los hechos que dan lugar al procedimiento, no habría lugar a la interposición del hábeas corpus. Evidentemente, así interpretada la disposición, al dejar en estado de indefensión al justiciable, sería inconstitucional.

93. Sin embargo, si se interpreta en el sentido de que el precepto sub examine evita que el detenido, implicado o procesado, a través del hábeas corpus, busque que el juez constitucional, basándose en el análisis de los hechos por los que es procesado, emita juicio en torno a su inocencia o culpabilidad en la causa que se le sigue, la disposición no es inconstitucional. En efecto, mientras que el primer sentido interpretativo significaría una inaceptable intromisión en una labor que es exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria; en cambio, interpretada del segundo modo, el artículo 6º, inciso 4) del Decreto Ley N.º 25659 es compatible con el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo del artículo 25.º, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como este Tribunal Constitucional ha expresado en el Caso Tineo Cabrera antes citado.

§10.2. El derecho al juez natural

a) Juzgamiento de civiles por tribunales militares

94. Conforme se desprende de la demanda, los demandantes cuestionan la constitucionalidad de los Decretos Leyes que regulan el delito de traición a la patria, entre otras razones, porque atribuyen competencia a los tribunales militares para juzgar a los civiles que hayan cometido dicho delito, lo que consideran atentatorio del derecho al juez natural.

95. Independientemente de que este Tribunal ya se haya pronunciado sobre la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria, considera ineludible, en primer término, efectuar un análisis del primer párrafo del artículo 173.º de la Constitución. Este precepto establece: “En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141º sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”.

96. La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la norma aludida autorizaría la competencia de la justicia militar para conocer los procesos seguidos contra civiles en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria. Tal criterio, por otra parte, en cierta forma es fiel a lo que en su momento se sostuvo en el Congreso Constituyente Democrático. Aunque no puede dejarse de advertir que, incluso en esos debates, muchos de sus miembros advertían la preocupación de que, pese a tratarse de una norma que pretendía regular una situación coyuntural, ella (el artículo 173º de la Constitución) se incorporase en el corpus de la Constitución. A su juicio, por la naturaleza coyuntural del tema, esta autorización para que militares puedan juzgar a los civiles debió regularse en una disposición transitoria.

97. Sin embargo, más allá de estos antecedentes y de su interpretación histórica, sabido es que, una vez que entra en vigencia la norma, ésta tiene vida propia, por lo que, su interpretación puede (e incluso debe) encontrarse más allá de cuál haya sido la voluntad del legislador al expedirla.

98. También los órganos de protección supranacional de los derechos humanos (tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) han sido especialmente críticos con esta forma de comprender el artículo 173º de la Constitución y, en particular, con su desarrollo y aplicación por la legislación de menor jerarquía.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de reiterados pronunciamientos, ha señalado que no es posible que los tribunales militares sean competentes para juzgar a civiles, pues ello lesiona el derecho al juez natural reconocido en el artículo 8.º, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte indicó que “el traslado de

competencias de la justicia común a la justicia militar (...) supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso” (Caso Castillo Petruzzi. Párrafo 128).

99. De otro lado, en la sentencia del 18 de agosto de 2000, la Corte consideró que: “(...) la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las Fuerzas Armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a dichos grupos” (Caso Cantoral Benavides. Párrafo 114). Según la Corte, cuando las Fuerzas Armadas sean las encargadas de combatir a aquellos individuos que posteriormente son acusados de la comisión de los delitos de traición a la patria o terrorismo, estos no pueden ser, a su vez, competentes para procesarlos y juzgarlos, ya que la primera es una facultad “natural” de la institución castrense, mientras la segunda no.

100. Finalmente, considerando la manera como está legislado el sistema de nombramiento de los jueces militares en el Perú, la Corte cuestionó la independencia de estos en el procesamiento de civiles. En efecto, en la ya aludida sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte señaló que, “de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del Sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares” (Caso Castillo Petruzzi. Párrafo 130). La Corte, asimismo, ha señalado que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están íntimamente vinculadas al Poder Ejecutivo, siendo su Jefe Supremo el Presidente de la República, razón por la que entre ellos existe una relación de obediencia manifiesta, no existiendo motivo por el que se pueda suponer que esta relación desaparezca cuando los miembros de la institución castrense cumplen labores jurisdiccionales.

101. De similar criterio ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, incluso, en su Informe correspondiente al año 1996 hizo notar sus observaciones con los alcances del artículo 173° de la Constitución, recomendando al Estado peruano su modificación (recomendación N.º 2), por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, sostuvo que “El derecho internacional de los derechos humanos

requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan. Si bien el principio rector en todo proceso debe ser siempre el de la justicia y aun cuando puede ser necesario contar con garantías adicionales en circunstancias específicas para garantizar un juicio justo, se ha entendido que las protecciones más esenciales incluyen el derecho del acusado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan; el derecho a defenderse personalmente o mediante la asistencia de abogado de su elección y □en los casos que así lo requiera la justicia□ librarse de cargos, así como a comunicarse libre y privadamente con su defensor.

Estas protecciones también incluyen un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y la obtención de la comparecencia, como testigos, de expertos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

102. El Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones. La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural.

103. El derecho al juez natural está reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución, según el cual “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (...)”. La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inciso 2) del mismo artículo 139°) e imparcialidad en la resolución de la causa.

Constituye, a la vez de un derecho subjetivo, parte del “modelo constitucional del proceso” recogido en la Carta Fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener calidad de debido. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que toda norma constitucional en la que pueda reconocerse algún grado de implicancia en el quehacer general del proceso debe ser interpretada de manera que, aquellas mínimas garantías, recogidas fundamentalmente en el artículo 139° de la Constitución, sean, siempre y en todos los casos, de la mejor forma optimizadas, aun cuando dichas normas establezcan algún criterio de excepción.

104. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si bien el artículo 173° de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (y que ha cuestionado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no es esa la única

lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional pueda efectuarse.

En efecto, una interpretación literal del artículo 173° de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

105. Tal interpretación de la norma constitucional de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, por otra parte, exigida por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, exige, pues, no considerar que sean los tribunales militares los facultados para conocer los procesos seguidos contra civiles, aun en los casos de delitos por terrorismo y traición a la patria, pues ello implicaría una afectación del derecho constitucional al juez natural.

106. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al “órgano”, sino sólo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que estas, a su vez, sean acordes con las garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución.

107. Además, el Tribunal Constitucional considera que esta última posibilidad no debe entenderse como regla general, sino siempre como una hipótesis de naturaleza excepcional, toda vez que, por su propia naturaleza, las disposiciones del Código de Justicia Militar no tienen por finalidad regular □ni siquiera en el procedimiento□ los delitos e infracciones cometidos por civiles, sino las cometidas por militares en situación de actividad. Los términos en los que este Tribunal Constitucional ha interpretado este dispositivo constitucional sólo han tenido el propósito de hallarle un sentido hermeneútico que no sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por la Corte, entre tanto, el legislador adecua el artículo 173.° de la Constitución a la referida Convención.

108. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que, incluso al dictarse una ley con el propósito de regular este régimen excepcional sobre la base del primer párrafo del artículo 173° de la Constitución, su aplicación se encuentra condicionada a que dichas reglas del procedimiento sean compatibles con la Constitución y, de manera particular, con el debido proceso.

109. En ese sentido, al haberse previsto que tribunales militares puedan ser competentes para juzgar a civiles, así se trate del delito de traición a la patria o de terrorismo, el Tribunal Constitucional considera inconstitucionales el artículo 4° del Decreto Ley N.° 25659 y el artículo 2° del Decreto Ley N.° 25880 y, por conexión, también los artículos 2° y 3° del Decreto Ley N.° 25708.

b). Tribunales “sin rostro”

110. Los demandantes también solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15° Decreto Ley N.° 25475 que disponía que la identidad de los magistrados y los miembros del Ministerio Público, así como la de los auxiliares de justicia que intervinieran en el juzgamiento de los delitos de terrorismo será secreta. Este artículo, en efecto, fue el que permitió la institucionalización de los denominados jueces “sin rostro”.

111. Respecto de este punto, la Ley N.° 26671 ha derogado, tácitamente, tanto el artículo 15° como todas aquellas disposiciones que, conexamente, impedían al justiciable la posibilidad de conocer la identidad de aquellos que intervenían en su procesamiento. En efecto, el artículo único de la Ley N.° 26671 previó que, a partir del 15 de octubre de 1997, los magistrados encargados del juzgamiento de los acusados por los delitos de terrorismo serán aquellos que correspondan “conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes”; y, del mismo modo, se indica que “los magistrados serán debidamente designados e identificados”.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que carece de objeto pronunciarse por haberse producido la sustracción de la materia.

c). El derecho a la recusación de los jueces

112. Asimismo, y como es lógico, no basta que el derecho al juez natural sea recogido por los textos constitucionales, sino que es necesario instaurar aquellos institutos que doten a los justiciables de los medios para llevar el uso del derecho al terreno práctico. El instituto de la recusación está destinado justamente a cuestionar la imparcialidad e independencia del juez en la resolución de la causa. Aun cuando exista un abierto reconocimiento constitucional del derecho al juez natural, si se restringiera irrazonablemente la posibilidad de recusar a los jueces del proceso, el ejercicio del derecho no encontraría posibilidad de manifestarse en los hechos.

113. Por eso, el inciso h) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475, al proscribir en forma absoluta la posibilidad de recusar a los magistrados y auxiliares de justicia intervinientes en la causa, incurre en una desproporcionada e irrazonable restricción del derecho al juez natural y es también inconstitucional.

§10.3. El Derecho de defensa

114. Por otro lado, se alega que los Decretos Leyes en referencia violan el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Tal impugnación se ha planteado desde una doble perspectiva: En primer término, se sostiene, con carácter general, que todos los Decretos Leyes impugnados “transgreden abiertamente el derecho de defensa, lo niegan, por lo que los procesos realizados al amparo de estas normas acarrearán la nulidad absoluta e insalvable de los mismos”. En segundo lugar, esta vez, de manera específica, se precisa: a) que el inciso f) del artículo 12.° del Decreto Ley N.° 25475 es inconstitucional al establecer que “el defensor sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación”; y, b) el inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N.° 25744 prohíbe que los abogados defensores patrocinen a más de un encausado a nivel nacional, con excepción de los abogados de oficio, prohibición que, en su momento, también disponía el artículo 18° del Decreto Ley N.° 25475, hoy derogado por la Ley N.° 26248.

a) Generalidad de la impugnación y deber de tener un mínimo de argumentación jurídico-constitucional en la pretensión

115. Con relación al primer extremo planteado que, como se señaló en el párrafo anterior, tiene por propósito que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de todos los Decretos Leyes □y no sólo de algunas disposiciones□, es preciso indicar que, recayendo el juicio de validez material sobre concretas disposiciones de una fuente con rango de ley, no solo es preciso que se identifiquen esas disposiciones de la fuente impugnada, sino, además, que se detallen los argumentos jurídico-constitucionales por los que, a su juicio, se debería expulsar del ordenamiento jurídico. Como ha expresado el Tribunal Constitucional de España, “cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los demandantes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, por ello, hablar, de una carga del recurrente y en los casos que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar” (Fund. Jur. 3, STC 11/1981).

116. No obstante lo anterior, y los términos generales de la impugnación realizada por los demandantes, también hay en ella la identificación de algunas disposiciones de ciertos Decretos Leyes sobre los cuales se ha formulado concretos argumentos, y en torno a los cuales es preciso que este Colegiado tenga que detenerse. Antes, sin embargo, debe recordarse que, en un proceso como el presente, este Tribunal no se pronuncia sobre la validez de los procesos realizados en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, donde eventualmente se hayan aplicado las normas hoy impugnadas, aun cuando estas, con

posterioridad, son declaradas no conformes a la Constitución; sino, concretamente, sobre la validez de la norma impugnada. Y ello es así, pues, por su propia naturaleza, si algo caracteriza al modelo de jurisdicción constitucional concentrada, ese algo es precisamente que se trata de un control abstracto entre dos normas de distinto rango, con independencia de las situaciones fácticas donde estas se vayan a aplicar.

b) Inciso f) del artículo 12 del Decreto Ley N.º 25475 y derecho de defensa

117. El inciso f) del artículo 12º del Decreto Ley N.º 25475 señala que: “En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes:

“(…) f) Los encausados tienen derecho a designar su abogado defensor, el mismo que sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación en presencia del representante del Ministerio Público. Si no lo hicieren, la autoridad policial les asignará uno de oficio, que será proporcionado por el Ministerio de Justicia”.

118. A juicio de los demandantes, dicho dispositivo es inconstitucional porque establece que “el defensor sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación”, impidiéndosele que pueda contar con asistencia letrada antes de que ella se recabe.

119. El Tribunal Constitucional ha señalado que uno de los derechos constitucionales procesales más relevantes es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139º de la Constitución. “Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión” (Caso Tineo Cabrera, Exp. N.º 1230-2002-AA/TC).

120. Sin embargo, como expresa el mismo inciso 14) del artículo 139º de la Constitución, no solo se trata de un derecho subjetivo, sino también de un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez que constituye uno de los elementos básicos del modelo constitucional de proceso previsto por nuestra Norma Fundamental.

Uno de sus contenidos es el derecho a comunicarse personalmente con un defensor, elegido libremente, y a ser asesorado por este. Como expresa dicho dispositivo constitucional, se garantiza el “(…) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...)” y el “derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

121. Si bien una interpretación literal de la primera parte del inciso 14) del artículo 139° de la Constitución parecería circunscribir el reconocimiento del derecho de defensa al ámbito del proceso, una interpretación sistemática de la última parte del mismo precepto constitucional permite concluir que ese derecho a no ser privado de la defensa debe entenderse, por lo que hace al ámbito penal, como comprensivo de la etapa de investigación policial, desde su inicio; de manera que el derecho a ser asesorado por un defensor, libremente elegido, no admite que, por ley o norma con valor de ley, este ámbito pueda reducirse y, en ese sentido, disponerse que el derecho a ser asistido por un profesional del derecho no alcance el momento previo a la toma de la manifestación.

122. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido.

123. No obstante todo lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que esta disposición impugnada no puede ser declarada inconstitucional, toda vez que fue derogada tácitamente por el artículo 2.° de la Ley N.° 26447, a tenor del cual:

Los presuntos implicados por delitos de terrorismo señalados en el artículo precedente tienen derecho a designar un abogado defensor de su elección y a ser asesorados por éste desde el inicio de la intervención policial.

La participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado no podrá limitarse, aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido.

Es obligatoria la presencia del abogado defensor y del representante del Ministerio Público en la manifestación policial del presunto implicado. Si éste no nombra abogado defensor, la autoridad policial, en coordinación con el Ministerio Público, le asignará uno de oficio que será proporcionado por el Ministerio de Justicia”.

c) Inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N°. 25744 y limitación del derecho de defender

124. Los demandantes sostienen que el inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N.° 25744 es inconstitucional, ya que prohíbe que los abogados defensores patrocinen a más de un encausado a nivel nacional, con excepción de los abogados de oficio. Refieren, asimismo, que similar prohibición, en su momento, la establecía también el artículo 18° del Decreto Ley N.° 25475, que hoy se encuentra derogado por la Ley N.° 26248.

125. Como es obvio, nada ha de decir este Tribunal Constitucional respecto al artículo 18° del Decreto Ley N.° 25475, pues, como se ha sostenido, en la actualidad se encuentra derogado. Sí ha de detenerse, sin embargo, en el análisis del inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N.° 25744, que modifica el Decreto Ley N.° 25475, según el cual:

“Durante la investigación policial, la Instrucción y el Juicio, así como en el cumplimiento de la condena de los delitos de traición a la Patria a que se refiere el Decreto Ley N.° 25659, se observará, en lo que fuere pertinente, lo establecido en los artículos 12°, 13°, 17°, 18°, 19° y 20° y Séptima Disposición Final y Transitoria del Decreto Ley N.° 25475, con las siguientes modificaciones:

(...) c) Los abogados defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional, en ninguna de las etapas sea Investigación Policial, Instrucción o el Juicio. Están exceptuados de esta disposición los abogados defensores de Oficio”.

126. A primera vista, pareciera que la limitación que establece el inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N.° 25744 no incide, en realidad, sobre el derecho de defensa, sino, por el contrario, sobre la libertad del ejercicio de la profesión, en este caso, de los profesionales del derecho. La verdad, sin embargo, es que tratándose de una restricción sobre tal libertad, también lo es sobre el derecho de defensa, que si, como antes se ha dicho, también garantiza que el encausado pueda elegir libremente a su defensor, restringe las posibilidades de esa libre elección, en la medida que una vez que el letrado se constituya como defensor de una persona determinada, ya no podrá encargársele y/o aceptar la defensa de otra.

127. Se trata, desde luego, de una limitación del derecho, en un doble sentido: por un lado, al derecho de elegir libremente un abogado, y, por otro, a la libertad en el ejercicio de la profesión de abogado. En cuanto disposición limitativa del ejercicio de derechos constitucionales, per se, no es inconstitucional, pues como ha tenido oportunidad de advertir este Tribunal, en el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues éstos pueden ser limitados, ya sea en atención a la necesidad de promover o respetar otros derechos constitucionales, ya sea porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales.

128. Y es que para que una limitación del derecho no sea incompatible con los derechos constitucionales a los que restringe, ésta debe respetar su contenido esencial. En ese sentido, el Tribunal Constitucional no considera que la limitación sobre el ejercicio del derecho de elegir libremente un defensor afecta su núcleo duro, esto es, la posibilidad de

que el encausado en un procedimiento investigatorio, o en un proceso judicial, esté en la capacidad de elegir y, por lo tanto, que no se le imponga un letrado. Y es que si la disposición cuestionada limita las opciones de la elección (el defensor de uno ya no podrá ser elegido por otro), ello, en principio y con carácter general, no genera indefensión, toda vez que tal elección podrá realizarse entre otros letrados.

129. Ese ha sido el mismo criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener, en relación al precepto impugnado, que “La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculcado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, per se, una violación del artículo 8.2.d. de la Convención” (Caso Castillo Petruzzi, párrafo. 147).

130. No es ajeno a este Tribunal que esa negación de la incompatibilidad, per se, del inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N.° 25744 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede sino entenderse en los alcances generales con los cuales está formulado dicho precepto legal, pero que, en su aplicación concreta, especialmente en un ámbito territorial donde no haya la posibilidad de elección entre diversos profesionales del derecho, por su ausencia, tal aplicación □ya que no la disposición□ sí pueda lesionar el derecho en cuestión.

131. Otro tanto cabría, ahora, señalar respecto a la limitación de la libertad de ejercicio de la profesión que, como contenido implícito de la libertad de trabajo, se encuentra reconocida en el inciso 15) del artículo 2.° de la Constitución. Tal libertad de trabajo no puede considerarse vulnerada en su contenido esencial porque, en el ámbito concreto de un tipo especial de delitos, se limite que el profesional en derecho pueda hacerse cargo de la defensa de más de un encausado. Y es que tal limitación, concretamente referida a un único delito, no significa que tal profesional del derecho pueda tenerla para asumir otras figuras delictivas.

No deja de preocupar a este Tribunal, por otro lado, que, so pretexto de la gravedad de ciertos delitos, las medidas bajo análisis puedan extenderse a otras figuras reguladas por el Código Penal. Por ello, considera este Supremo Intérprete de la Constitución, que medidas de esa naturaleza no pueden configurarse como una regla general, sino de manera excepcional y siempre que los fines que con tales medidas se persigan alcanzar sean estrictamente proporcionales con la restricción impuesta.

§10.4. La presunción de inocencia

132. Por otro lado, se acusa que el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475, modificado a su vez por la Ley N.° 26248, viola el

principio de presunción de inocencia reconocido en el literal “e” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, ya que establece que:

“Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal quien dictará el auto apertorio de instrucción con orden de detención, en el plazo de veinticuatro horas, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. Durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad con excepción de la libertad incondicional”.

a) El derecho a la protección jurisdiccional de los derechos, autonomía judicial e interpretación sistemática de la ley procesal penal

133. Señalan los demandantes que dicho precepto legal afectaría el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y el derecho reconocido en los artículos 7.°, numeral 6 y 8.°, numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de que dichos dispositivos garantizan el derecho de la persona a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que éstos decidan, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordenen su libertad si fueron ilegales.

134. Con referencia a esta impugnación del artículo 2°, inciso c), del Decreto Ley N.° 25744, considera este Tribunal Constitucional que, en principio, de él no es posible inferir, en ningún modo, que se impida, obstaculice o disuada, que el afectado con la prisión preventiva pueda recurrir la decisión que afecta su libertad locomotora. Este Supremo Intérprete de la Constitución es consciente que, hasta hace poco, en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional prevalecía la idea de que, con excepción del ejercicio de los recursos dentro del mismo proceso penal, el mandato de detención no podía ser cuestionado en otro tipo de procesos y, particularmente, en el ámbito del hábeas corpus. Sin embargo, como ya ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal (entre otros, en el Caso Tineo Cabrera, Exp. N.° 1230-2002-HC/TC), el artículo 8.° numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la protección jurisdiccional de todos los individuos y, en consecuencia, nadie puede ser impedido de acceder a un tribunal de justicia para dilucidar si un acto, cualquiera sea el órgano estatal del que provenga, afecta o no sus derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero una cosa es que se haya considerado en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional que determinados actos, como el mandato de detención, no puedan ser objeto de control mediante el hábeas corpus, y otra, muy distinta, que la disposición impugnada lo prohíba per se. La primera es un problema de interpretación. La segunda, en cambio, de validez.

135. Distinta es la situación, en cambio, de la alegación sobre la afectación del principio de inocencia que contendría el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475. No tanto por los términos en los que se plantea esa impugnación, esto es, en el sentido de que aquella disposición, al obligar al juez a abrir auto de instrucción con mandato de detención, expresa una “declaratoria de responsabilidad penal”.

A juicio del Tribunal, que el juez dicte el auto de apertura de instrucción no significa que emita una declaración anticipada de responsabilidad penal del procesado. Con dicho acto procesal sólo se abre el proceso penal, en cuyo seno se determinará finalmente si el encausado es o no responsable del delito por el que se le juzga, previo desarrollo del proceso conforme a las reglas del derecho al debido proceso penal. Ese dispositivo, pues, no admite ser interpretado en el sentido que los demandantes lo han hecho, pues no sólo no se infiere ello de su enunciado, sino tampoco de una interpretación de él conforme a la naturaleza de la institución procesal.

136. Sí, en cambio, podrían abrigarse ciertas dudas de inconstitucionalidad si el precepto impugnado se interpretase en sentido literal, tal y como lo han denunciado los demandantes; esto es, en el sentido de que una vez formalizada la denuncia por el representante del Ministerio Público, el juez penal irremediamente deberá de abrir instrucción, sin posibilidad de calificar si, en cada caso concreto, existen suficientes y objetivos elementos de que, contra quien se abre instrucción, ha cometido un ilícito penal. Pero, en tal supuesto, no es el principio de presunción de inocencia el que se vería afectado, sino el de autonomía de los jueces, en la medida que un mandato de esta naturaleza no les permitiría realizar un análisis del caso, sino abrir, mecánicamente, la referida instrucción.

137. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que una eventual inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 puede perfectamente ser evitada si, lejos de una interpretación literal, tal dispositivo se interpreta sistemáticamente con el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. Y, en ese sentido, se entiende que el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 autoriza al Juez penal abrir la instrucción si es que, formalizada la denuncia penal por el representante del Ministerio Público, concurren los requisitos establecidos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, esto es, “si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no haya prescrito”, para lo cual “el auto contendrá en forma precisa, la motivación y fundamentos, y expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado...”.

En verdad, en este caso, más que la realización de una interpretación, conforme a la Constitución, del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley

N.º 25475 y, por consiguiente, la declaración de inconstitucionalidad de uno de sus sentidos interpretativos, se trata de comprenderlo de acuerdo con los criterios tradicionales de interpretación jurídica y, particularmente, bajo los alcances del denominado criterio de interpretación sistemática. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que no es inconstitucional el inciso a) del artículo 13º del referido Decreto Ley N.º 25475.

b) El mandato de detención y presunción de inocencia

138. Especial atención se debe prestar a los términos en que se formula la impugnación del inciso a) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475 porque supuestamente viola el principio de presunción de inocencia. De los argumentos expuestos por los demandantes, parece desprenderse que la lesión sobre tal principio se generaría, además, por el hecho de que, pese a presumirse la inocencia del procesado, la disposición impugnada obligaría al juez a dictar mandato de detención, invirtiendo de ese modo la presunción de inocencia por la de culpabilidad.

139. Este criterio no es compartido por el Tribunal Constitucional. En efecto, como ya se ha tenido oportunidad de apreciar (así, por ejemplo, en los Casos Grace Riggs, Tineo Cabrera, etc.), el mandato de detención o, lo que es lo mismo, la detención judicial preventiva, no constituye una sanción punitiva, pues se trata, en esencia, de una medida cautelar, de carácter excepcional, cuyo dictado sólo puede decretarse bajo el escrupuloso respeto de las condiciones legales que autorizan su dictado, que, como se sabe, se halla regulado básicamente por el artículo 135º del Código Procesal Penal.

140. El problema, no obstante, aparentemente es otro. Que de una lectura literal de dicho precepto legal pareciera desprenderse la obligación del juez penal, al dictar el auto apertorio de instrucción, y sin tomar en consideración las causas legalmente establecidas en el artículo 135º del Código Procesal Penal, de decretar automáticamente el mandato de detención contra los procesados por el delito de terrorismo. Según este punto de vista, la detención judicial preventiva ya no constituiría una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o la misma eficacia del resultado del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo.

141. Si ese fuera el sentido del inciso a) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475, esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada sólo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, ésta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la

justificación de la detención de una persona en base a la peligrosidad o a la naturaleza del delito, “podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley” (Informe N.º 02/97, párrafo 51).

Y es que la detención preventiva, constituyendo una restricción de la libertad individual pese a que durante el proceso se presume que el encausado es inocente, sólo puede ser dispuesta si, en un asunto determinado, ésta es juzgada indispensable; lo que presupone, consiguientemente, que no se pueda establecer legislativamente el carácter obligatorio de su dictado. Este último criterio se deriva directamente de lo señalado en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “la prisión preventiva de las personas no debe ser la regla general”, pues, como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello “sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

142. Sin embargo, más allá de lo que hasta aquí ha expresado este Tribunal Constitucional, al igual que lo ha sostenido respecto a la alegación de violación del principio de autonomía judicial, dicha disposición puede también entenderse en un contexto sistemático, esto es, que la atribución de dictar mandato de detención, regulada por el inciso a) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475, necesariamente debe entenderse bajo los alcances del artículo 135º del Código Procesal Penal. Desde este punto de vista, la apertura de instrucción penal contra el encausado, eventualmente, podría terminar con el dictado de una medida cautelar, como la detención judicial preventiva, si es que se cumplen los presupuestos legales allí regulados y no porque el juez penal esté obligado a hacerlo.

Y es que, de conformidad con el artículo 7.º numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la validez de la detención judicial preventiva no sólo está condicionada a la observancia del principio de legalidad, esto es, que las causales de su dictado sean previstas en el derecho interno, sino, además, a que dichas razones de justificación se encuentren conformes con la Constitución, ya que nadie puede ser privado de su libertad física “salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Lo que quiere decir que no sólo basta con que las razones que puedan dar origen a la detención judicial preventiva estén señaladas en la ley, sino, además, que ellas se encuentren conformes con la Constitución.

143. En torno a ello, el Tribunal Constitucional debe recordar, especialmente teniendo en consideración los graves problemas

ocasionados por las prácticas terroristas en nuestro país durante los últimos años, que además de las razones previstas en el artículo 135° del Código Procesal Penal, el legislador puede introducir otras razones adicionales para decretar la detención judicial preventiva. En particular, las que tienen que ver con el riesgo de la comisión de nuevos delitos o, excepcionalmente, con la finalidad de preservar el orden público.

No obstante, si se introdujera la primera de las causales de justificación señaladas, no debe olvidarse que, como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad” (Informe N.º 02/97, párrafo 32).

144. Y, en lo que se refiere a la necesidad de preservar el orden público, no debe perderse de vista las especiales advertencias que, sobre el particular, ha efectuado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según las cuales “en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar” (Informe N.º 02/97, párrafo 36).

145. No obstante, como también ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado”, y que, “en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal” (Informe N.º 02/97, párrafos 36 y 37). En cualquier caso, esta posible extensión de los motivos de justificación de la detención judicial preventiva, a fin de ser considerados judicialmente, previamente requieren ser incorporados a la legislación nacional, por expresa exigencia del artículo 7.º numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se ha dicho.

146. Más allá de estos dos últimos párrafos, el Tribunal Constitucional considera que el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N°. 25475 no es, per se, inconstitucional, lo que no quiere decir que, en su aplicación, no pueda juzgarse la validez de una detención judicial preventiva que

resulte incompatible con la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

§10.5. Medios probatorios

147. Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del inciso c) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475, sobre la afirmación de que, “con la prohibición al encausado de ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial se impide contradecir lo afirmado por la policía, dándole al atestado el valor de prueba plena”. Por conexidad el cuestionamiento aquí formulado alcanzaría a su vez a la norma contenida en el inciso b) del artículo 2° del Decreto Ley 25744. Sin embargo, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de esta última norma □ aunque por razón distinta (véase apartado III de esta misma sentencia) □, el juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional solamente comprende a la primera disposición mencionada.

El texto legal de la citada norma, es el siguiente:

“Artículo 13°.- Normas para la Instrucción y el Juicio. Para la instrucción y el juicio de los delitos de terrorismo a que se refiere el presente Decreto Ley, se observarán las siguientes reglas: (...) c). En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial”.

148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú.

El derecho a “interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, como se enuncia en el literal “f”, numeral 2), del artículo 8.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

149. Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad

probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho.

150. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita. Como expresa San Martín Castro “en cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de prueba sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel” (San Martín Castro, César: “Derecho Procesal Penal”, Volumen I, Grijley, 1999. Pág. 61).

151. Es en este contexto en el que el Tribunal Constitucional considera que debe analizarse los alcances del límite al derecho a la prueba previsto en el artículo 13º, inciso c), del Decreto Ley N°. 25475. Dicho precepto, como antes se ha recordado, señala que: “En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial”.

Se trata, como se observa, de un límite al derecho de interrogar a los testigos que, en concreto, por razón de sus funciones, hayan participado en la elaboración del atestado policial. Es decir, no se trata de una prohibición generalizada para interrogar a los testigos de cargo, cualquiera sea su clase, sino sólo circunscrita a quienes participaron en la elaboración del atestado policial, esto es, a los miembros de la Policía Nacional del Perú.

152. En consecuencia, cabe analizar si tal limitación, por ser irrazonable, no respeta el contenido esencial del derecho reconocido en el literal “f”, numeral 2), del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A juicio del Tribunal Constitucional, dos son cuando menos los sentidos en los que cabe entender tal restricción:

a) Por un lado, impedir, sin más, que los acusados por el delito de terrorismo puedan interrogar a su captores.

b) Restringir tal interrogatorio, pues con ello se persigue proteger la vida e integridad de los miembros de la Policía Nacional del Perú y las de sus familiares.

153. Evidentemente, si la razón para justificar tal limitación se ampara sólo en la primera de las razones, la restricción impuesta al derecho en cuestión sería inconstitucional, por adolecer de razones

objetivas y razonables que la justifiquen. No es la misma situación, sin embargo, si se trata de comprender tal limitación con la perspectiva de los fines constitucionales que con ella se persiguen alcanzar y que son expuestos en el apartado “b”, antes enunciado.

Aunque en la acción de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional no considera hechos, pues su razonamiento es abstracto entre la norma con rango de ley impugnada y la Constitución, no ignora la abundante prueba documental existente sobre asesinatos cometidos por los delincuentes terroristas contra miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas que participaron en la lucha contra la subversión.

154. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que, si bien la realización de un proceso con las debidas garantías es un derecho que se debe respetar en toda circunstancia, también lo es que, la limitación de determinados contenidos, como el de interrogar a los que elaboran el atestado policial, se encuentra perfectamente justificada si es que, con tal limitación, el legislador persigue proteger derechos fundamentales tan valiosos como la vida y la integridad personal.

155. No es ajeno a este Tribunal Constitucional lo que, a propósito de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de expresar, en particular, en el Caso Castillo Petrucci: “la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la Policía como de las Fuerzas Armadas, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculcado hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial. La Corte entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (párrafos 153-155).

156. No obstante ello, los fundamentos expuestos por este Tribunal con relación a la validez de la limitación contenida en el artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 no deben entenderse como opuestos a lo declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, por las siguientes razones:

a) El pronunciamiento de la Corte en el sentido indicado se realizó en un caso concreto y no de manera abstracta, donde a la limitación del derecho reconocido en el literal “f”, del numeral 2), artículo 8° de la Convención se sumó la violación del derecho a contar con un defensor desde el momento en que el procesado rindió su manifestación; este último tema sobre el cual el Tribunal antes ha tenido oportunidad de pronunciarse. Es decir, según la Corte, la violación del artículo 8°, numeral 2), literal “f”, de la Convención se produjo como consecuencia

de la vulneración conjunta al derecho a ser asistido por un abogado defensor antes de su manifestación.

b) En nuestro ordenamiento interno, y concretamente, en el proceso penal, no existe el sistema de la prueba tasada o prueba plena, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, existe la libertad de apreciación por el juez de todas las pruebas, la que deberá efectuarse bajo el criterio de conciencia.

157. En ese sentido el atestado policial no tiene, ni ha tenido en el pasado, el carácter de prueba plena. Excepcionalmente, el artículo 62° del mismo cuerpo adjetivo le ha conferido la calidad de elemento probatorio, siempre que en la investigación policial hubiera intervenido el representante del Ministerio Público, en cuyo caso su apreciación se sujeta a la norma anteriormente indicada.

158. En esa medida, el Tribunal Constitucional entiende que la justificación de las limitaciones al derecho en referencia, también impone al juez penal una carga adicional, que se deriva implícitamente de la limitación; es decir, que cualquier sentencia condenatoria que se pudiera expedir no sólo puede sustentarse en la versión del atestado policial, sino que debe ser corroborada con otros tipos o medios de pruebas.

159. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que la limitación al derecho probatorio establecida por la norma cuestionada, dentro del marco del proceso que regula este tipo de delitos, es razonable, ya que: i) atiende a la necesidad de proteger o resguardar los derechos constitucionales de las personas que hayan intervenido en la investigación policial, como su derecho a la vida o integridad física, etc, ii) salvo tal limitación, se mantiene incólume la posibilidad de ofrecer y actuar toda la amplia gama de medios probatorios pertinentes; iii) conforme ya se mencionó anteriormente, el atestado policial, cuando en la investigación ha intervenido un representante del Ministerio Público, es un elemento probatorio más, lo que no quiere decir que sea el único o que tenga la calidad de prueba plena, pues en su caso éste deberá ser meritado por el Juez, conjuntamente con los demás medios probatorios, conforme a su criterio de conciencia (artículos 62° y 283° del Código de Procedimientos Penales); y iv) si de lo que se trata es cuestionar el contenido del atestado policial a través del interrogatorio a sus autores, la limitación no comprende el derecho de tacha que eventualmente pueden hacerse valer contra él.

160. El Tribunal Constitucional considera necesario señalar, en los casos que corresponda, que las pruebas actuadas en los procesos ante la jurisdicción militar no resultan viciadas o inutilizables por el hecho de que se haya violado el derecho al juez competente. En efecto, la eventual lesión de tal derecho constitucional no afecta de manera automática la validez de los medios de prueba que hubiesen sido

recopilados o actuados antes de que se declare la existencia de ese vicio.

161. Existen determinados elementos referidos al tema probatorio, y, específicamente, a la obtención, valoración y actuación de las pruebas en el proceso que deberían ser analizados en cada caso concreto, por lo que, en principio, no correspondería analizar tal temática en una sentencia como la presente, cuyo propósito es realizar un control en abstracto de la constitucionalidad de las normas impugnadas. Empero, de modo excepcional, y dada la especial trascendencia que la presente sentencia reviste, este Tribunal considera pertinente realizar un breve análisis acerca de la validez de las pruebas a la luz de los casos concretos que pudieran presentarse en el corto plazo.

162. Al respecto es conveniente realizar la diferenciación entre lo que son la fuentes de prueba y los medios de prueba. Según César San Martín (“Efectos Procesales de la Sentencia N.º 1011-2002-HC/TC”, inédito), mientras que las primeras son realidades extra procesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso, dada la diferenciación recién expuesta, sólo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso, pero no la invalidez de las fuentes de prueba. La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales.

163. Por último, es pertinente recordar la opinión, respecto a la valoración de la prueba por el Juez penal, que hiciera el ilustre Presidente del Tribunal Constitucional español, trágicamente desaparecido, don Francisco Tomás y Valiente: “Es muy frecuente el reconocimiento explícito de la necesidad de respetar la valoración de la prueba hecha por el juzgador porque es de su exclusiva incumbencia. Al llevarla a cabo el Juez penal, según su conciencia, o íntima convicción, la comprometida función de fijar los hechos probados, a los que se anuda, en su caso, la calificación penal y los efectos inherentes a ella”. (“Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 129).

[§10.6. El derecho a un proceso que dure un plazo razonable: Art. 1º del Decreto Ley N.º 25708](#)

164. Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 1º del Decreto Ley N.º 25708, según el cual:

“En los delitos de traición a la patria previstos en el Decreto Ley N.º 25659, se aplicará el procedimiento sumario establecido en el Código de

Justicia Militar para los juicios en el Teatro de Operaciones. El juez instructor expedirá sentencia en el término máximo de diez (10) días naturales, pudiendo emplear supletoriamente en la sustanciación de los procesos las normas contenidas en el artículo 13° del Decreto Ley N°. 25475”.

165. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria regulado por el Decreto Ley N°. 25659, y tratándose el artículo 1° del Decreto Ley N°. 25708 de una norma cuya finalidad fue establecer un procedimiento conforme al cual se debió juzgar aquel delito, por extensión éste también es inconstitucional, en la medida que, además, prevé un plazo extremadamente breve para la realización del procedimiento investigatorio, vulnerando así el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser oído con las debidas garantías “dentro de un plazo razonable”, reconocido en el artículo 8°, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

166. En efecto, aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más común de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal derecho también garantiza al justiciable frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal. Y es que, como expresa Nicolo Trocker, en afirmación válida, *mutatis mutandis*, “Razonable es un término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual estén moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada y sumaria” (Trocker Nicolo: “Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°. 2, 2001citado, p. 407).

167. El Tribunal Constitucional considera que un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la litis se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación “de cualquier acusación penal”, vulnera el derecho a un proceso “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”. El factor razonabilidad aquí no está destinado a garantizar la duración excesiva del proceso, sino a cuestionar la desproporcionada perentoriedad con que éste ha sido configurado por el legislador. Tales alcances del derecho, por lo demás, se derivan directamente del artículo 25°, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención (...)”.

168. En el “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, de fecha 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana señaló que “Los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo incluyen también el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Si bien el concepto de plazo razonable no es fácil de definir, se han articulado ciertos requisitos previos en éste y en otros sistemas de derechos humanos que se consideran necesarios para dar debido efecto a este derecho. Se ha sostenido en particular que el plazo razonable abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se hubiere interpuesto”.

§10.7. El derecho de no ser incomunicado

169. Asimismo, se cuestiona la constitucionalidad del inciso d) del artículo 12° del Decreto Ley N.° 25475 por violar el literal “g” del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución. Dicho precepto impugnado establece que:

“En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes: (...)

d) Cuando las circunstancias lo requieran y la complejidad de las investigaciones así lo exija, para el mejor esclarecimiento de los hechos que son materia de investigación, podrá disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta por el máximo de ley, con conocimiento del Ministerio Público y de la autoridad jurisdiccional respectiva”.

170. Se sostiene que dicho precepto viola el derecho “de toda persona de no ser incomunicada”, ya que dispone “la incomunicación absoluta de los detenidos”, produciéndose “la negación absoluta del derecho de defensa”. Consideran los demandantes que “sólo el juez tiene facultad para disponer la incomunicación de un detenido, pero sólo en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y respetando el derecho que tiene el detenido para comunicarse con su abogado defensor”.

171. Dos son los temas que, a juicio del Tribunal Constitucional, son imprescindibles analizar: a) Los alcances del derecho a no ser incomunicado; y b) la autoridad responsable para disponerla.

172. En lo que atañe al primer aspecto, nuevamente el Tribunal Constitucional ha de recordar que el derecho a no ser incomunicado no es un derecho absoluto, sino susceptible de ser limitado, pues como el mismo literal “g”, inciso 24), del artículo 2° de la Constitución se encarga de precisar, tal incomunicación puede realizarse en los casos indispensables para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. En tal supuesto, “la autoridad está

obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida”.

En consecuencia, no hay un derecho absoluto a no ser incomunicado. Éste puede efectuarse, excepcionalmente, en los casos indispensables, y siempre que con ello se persiga el esclarecimiento de un delito, considerado como muy grave. Además, el Tribunal Constitucional considera que cuando la Constitución alude a la existencia de un “caso indispensable”, con ello exige la presencia de una razón objetiva y razonable que la justifique. Pero, a su vez, sea cual fuere esa base objetiva y razonable, tal incomunicación no puede practicarse para otros fines que no sean el esclarecimiento de un delito, en la forma y plazo que la ley establezca. Como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos” (Caso Suárez Rosero. Ecuador, párrafo 51).

173. En segundo lugar, aunque el literal “g”, inciso 24), del artículo 2° de la Constitución no indique expresamente la autoridad responsable para decretar la incomunicación, el Tribunal Constitucional entiende que ella debe ser efectuada necesariamente por el Juez penal, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental.

174. Por ello, a juicio de este Supremo Intérprete de la Constitución, el inciso d) del artículo 12° del Decreto Ley N°. 25475 es inconstitucional.

175. Finalmente, el Tribunal Constitucional considera que con la incomunicación de un detenido por el delito de terrorismo no se afecta el derecho de defensa, ya que conforme se expresa en el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley N.° 26447, éste garantiza la participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado, la que no podrá limitarse, “aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido”.

§10.8. El derecho de ser puesto, sin demora, a disposición del juez y el plazo de detención policial

176. Aunque por conexión, ya se haya declarado la inconstitucionalidad de todo el artículo 2° del Decreto Ley N.° 25744, el inciso a) de dicho artículo es inconstitucional también de manera directa, ya que autoriza a que la Policía Nacional del Perú pueda disponer que el plazo de detención se extienda por un “término mayor de quince días”, con la posibilidad de ser prorrogado por un periodo igual a solicitud de la misma Policía, cuando el literal f), inciso 24), del artículo 2° de la Constitución establece un plazo máximo de detención de quince días, tratándose de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

§10.9. El derecho a la pluralidad de instancias

177. Se ha cuestionado, asimismo, la violación del inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, esto es, el principio de pluralidad de instancias. Alegan los demandantes que dicho principio exige la existencia de “un tribunal superior que funcione ajustado a las garantías del debido proceso, lo que no se cumple por cuanto todas las instancias judiciales están sujetas a la legislación antiterrorista vigente (por lo) que son violatorias del derecho”.

No obstante, los demandantes no precisan qué disposición o disposiciones legales violan tal derecho. Como es obvio, y este Tribunal antes lo ha recordado, una afirmación tan general, como la realizada, que no individualiza la disposición legal que la pueda afectar, impide que este Colegiado pueda realizar pronunciamiento alguno. Si la impugnación se apoya, como parece ser, en que tal violación se produciría como consecuencia de la vigencia de todos los Decretos Leyes y cada una de las materias que allí se regulan, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado y seguirá pronunciándose sobre cada uno de los dispositivos impugnados de dichos Decretos Leyes.

XI. La cadena perpetua y la reincorporación del penado a la sociedad

178. Los demandantes cuestionan la validez constitucional de la aplicación de la pena de cadena perpetua, por considerarla incompatible con el numeral 2) del artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139°, inciso 2), de la Constitución.

179. Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

180. Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el cuántum de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el cuántum de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese cuántum o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad.

181. La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140° de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Sin embargo, como se deduce de la misma Norma Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N.° 14/94, del 9 de diciembre de 1994.

182. A juicio del Tribunal, de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.

183. La denominada “cadena perpetua”, en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

a) La cadena perpetua y los principios de dignidad y libertad

184. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

185. En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de

Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales.

186. En segundo lugar, este Colegiado considera que detrás de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal.

Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

187. En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

188. El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.

Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano.

El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo.

189. El sistema material de valores del Estado de Derecho impone que cualquier lucha contra el terrorismo (y quienes lo practiquen), se tenga necesariamente que realizar respetando sus principios y derechos fundamentales. Aquellos deben saber que la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y que las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes la detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirla. Por ello, si el establecimiento de la pena se encuentra sujeta a su adecuación con el principio de proporcionalidad, tal principio no autoriza a que se encarcele de por vida.

190. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. Además porque, so pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de “mera incompatibilidad” en este punto, el Tribunal Constitucional considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación.

191. Sobre el particular el Tribunal Constitucional debe de recordar que, actualmente, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años. Y si bien dicho instrumento normativo no es aplicable para el caso de los sentenciados por los delitos regulados por los decretos leyes impugnados, el legislador nacional puede adoptar medidas de semejante naturaleza a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.

192. En ese sentido, debe recordarse que el Estatuto en referencia forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo N.º 079-2001-RE, y ella contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua.

193. Por otro lado, también el legislador nacional puede introducir un régimen legal especial en materia de beneficios penitenciarios, de manera que se posibilite la realización efectiva de los principios de dignidad de la persona y resocialización. Ese es el caso, por ejemplo, de la legislación italiana, que, con el objeto de que la cadena perpetua pueda ser compatibilizada con los principios de resocialización y de dignidad de la persona, a través de la Ley N.º 663 del 10 de octubre de 1986 ha posibilitado que, luego de quince años de prisión, el condenado pueda acceder al beneficio de la semilibertad y, luego, a la libertad condicional. Similar situación sucede en la mayoría de países europeos y también en algunos latinoamericanos, como en el caso argentino, donde la pena de cadena perpetua en realidad no es ilimitada, esto es, intemporal, pues como dispuso la Ley N.º 24660, el reo condenado a cadena perpetua goza de libertad condicional a los veinte años, y antes de esta posibilidad, del régimen de salidas transitorias y de semilibertad que pueden obtenerse a los quince años de internamiento. Incluso, puede considerarse la edad del condenado como uno de los factores importantes al momento de establecer los límites temporales.

194. En definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias.

XII. Proporcionalidad de las penas.

195. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

196. Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

En el presente caso, se ha cuestionado la desproporcionalidad de las penas establecidas en el Decreto Ley N.º 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira sobre uno de los ámbitos de la determinación de la pena. En concreto, sobre la denominada “determinación legal”.

197. En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”.

198. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución.

199. Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

200. Los demandantes sostienen que son inconstitucionales las penas establecidas (y aunque no lo señalen expresamente, habría que entender que se trata de las previstas en el Decreto Ley N.º 25475), porque “existe una gran desproporción entre el hecho delictuoso y la sanción aplicada al agente responsable. Son penas draconianas” y que “

sólo se han previsto penas privativas de libertad” , excluyéndose las demás.

201. No comparte, desde luego, tal criterio este Tribunal Constitucional. En efecto, y conforme se ha adelantado en la primera parte de esta sentencia, al Tribunal Constitucional no le cabe duda que el Terrorismo constituye un delito muy grave, como también son muy graves los derechos y bienes constitucionalmente protegidos que se afectan con su comisión, pues, sin importarle los medios, tiene la finalidad de afectar la vida, la libertad, la seguridad y la paz social, con el objeto de destruir el sistema constitucional.

202. Asimismo manifiestan, sostiene que no se ha establecido ni un máximo ni un mínimo de las penas previstas, por lo que el juzgador las aplica a su libre albedrío, sin tener en cuenta el grado de participación y la responsabilidad del procesado y tampoco las especificaciones contenidas en los artículos 45º y 46º del Código Penal y, dentro de ellas, los móviles que pueda tener el agente sentenciado.

Desde esta última perspectiva, dos son los aspectos que, en relación al tema propuesto, deben señalarse. En primer lugar, que hay que entender la impugnación planteada por los demandantes como referida a los artículos 2º, 3º, literales “b” y “c”, 4º y 5º, del Decreto Ley N.º 25475, pues en los regulados por los artículos subsiguientes sí se han previsto límites máximos y mínimos de las penas. Y, en segundo lugar, que es inexacto que las disposiciones impugnadas no prevean un mínimo de pena, pues conforme se observa de todos y cada uno de los preceptos antes aludidos, allí se indican límites mínimos de pena.

203. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la cuestión es: ¿la ausencia de límites máximos es inconstitucional porque afecta el principio de proporcionalidad? Naturalmente, la absolución de la interrogante en esos términos, parte de un dato previo; esto es, da por supuesto que no existe, como lo alegan los demandantes, un plazo máximo de penas que el juez debe aplicar.

204. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe advertir que, en efecto, en la actualidad no existe un plazo máximo de determinación de la pena. Pero esa inexistencia es sólo temporal, pues debe computarse a partir del día siguiente que este mismo Tribunal (Exp. N.º 005-2001-AI/TC) declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N.º 895, cuya Quinta Disposición Final modificó el artículo 29º del Código Penal, que señalaba que tratándose de las penas privativas de libertad temporales, éstas se extendían, con carácter general, entre dos días, como mínimo, a 35 años, como máximo.

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la inconstitucionalidad de los preceptos enunciados tiene un carácter

temporal, esto es, que se originó a partir del día siguiente en que se publicó la sentencia en mención.

205. No obstante lo anterior, la inconstitucionalidad temporal advertida no está referida a lo que dichas disposiciones legales establecen, sino a la parte en que no prevén los plazos máximos de pena. Por ello, considera el Tribunal que, análogamente a lo que ha sostenido en cuanto al tratamiento de la pena de cadena perpetua, debe exhortarse al legislador para que, dentro de un plazo razonable, cumpla con prever plazos máximos de pena en cada una de la figuras típicas reguladas por los artículos 2º, 3º literales “b” y “c”, 4º y 5º del Decreto N.º Ley 25475.

XIII. La negación de beneficios penitenciarios

206. Igualmente se cuestiona la constitucionalidad de las normas que establecen la prohibición de beneficios penitenciarios en los delitos de terrorismo y traición a la patria, esto es, el artículo 19º del Decreto Ley N.º 25475 y el artículo 3º.”a” del Decreto Ley N.º 25744, respectivamente. Con relación a la segunda norma, es preciso aclarar que, aunque por razón diferente al cuestionamiento en examen, este Supremo Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre su carácter inconstitucional.

El artículo 19º del Decreto Ley N.º 25475 textualmente señala: “Los procesados o condenados por delitos de terrorismo, no podrán acogerse a ninguno de los beneficios que establecen el Código Penal y el Código de Ejecución Penal”.

207. En el Estado Democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual, conforme a nuestra Constitución Política, artículo 139º, inciso 22), constituye uno de los principios del régimen penitenciario, que, a su vez, es congruente con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

208. Como antes se ha expuesto, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o al momento de establecer el cuántum de ellas.

Dentro de las condiciones cómo se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello obedece y es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador

pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido, “si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”.

209. Sin embargo, la no concesión de determinados beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo u otros de lesa humanidad, no es, per se, contrario al inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. No se deriva, en efecto, de dicho dispositivo constitucional, un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, éste pueda incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

210. El problema, a juicio del Tribunal Constitucional, se presenta una vez que el legislador los ha previsto para el caso de los condenados por determinados delitos, y, no obstante ello, los niega para los condenados por otros. Pero, en ese caso, el problema de la validez constitucional de la prohibición ya no se deriva de su infracción del artículo 139°, inciso 22, de la Constitución, sino de su conformidad o no con el artículo 2°, inciso 2°, de la misma Constitución, esto es, de su compatibilidad (o no) con el principio de igualdad jurídica.

211. En ese contexto, y recordando una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional, debe de señalarse que el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables. Es decir, no está prohibido que el legislador realice tratamientos diferenciados. Lo que sí está prohibido es que dicha diferenciación en el trato sea arbitraria, ya sea por no poseer un elemento objetivo que la justifique o una justificación razonable que la respalde.

Desde esta perspectiva, independientemente de los que antes se han sostenido en relación a la cadena perpetua, el Tribunal Constitucional no considera que la no concesión de los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo infrinja per se, el principio de igualdad, toda vez que se justifican en atención a la especial gravedad del delito en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que, con su dictado, se persiguen proteger.

212. Por otro lado, el Tribunal Constitucional debe de observar que la restricción para acceder a los beneficios penitenciarios no posee carácter general, sino únicamente-está referida a los beneficios previstos en los Códigos Penal y de Ejecución Penal. Lo que no quiere decir que a los sentenciados por delito de terrorismo les esté negado, a

priori, cualquier eventual beneficio penitenciario, sino sólo los que están establecidos en los citados cuerpos legales, correspondiendo al legislador la posibilidad de regular determinados beneficios penitenciarios de acuerdo con la gravedad de los delitos por los cuales sus beneficiarios hubieran sido condenados.

XIII. El derecho a la nacionalidad

213. El derecho de nacionalidad es el derecho que posee toda persona por el hecho de haber nacido dentro del territorio de la República del Perú, denominándose peruanos de nacimiento. También son peruanos de nacimiento los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Son también peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

Este derecho está reconocido por el artículo 2º, inciso 21), de la Constitución Política, según el cual toda persona tiene derecho a la nacionalidad y nadie puede ser despojado de ella. El párrafo segundo del artículo 53º de la propia Constitución señala que la nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana.

214. En los instrumentos internacionales suscritos por el Perú también se declara el derecho a la nacionalidad. Así, el artículo XIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, menciona que: “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda”. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 15º, indica: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su vez, se refiere a este tema en el numeral 3), artículo 20º: “A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad”.

215. Uno de los casos previstos en el artículo 7º del Decreto Ley N.º 25475 es el delito de apología cometido fuera del territorio peruano, caso que va en la misma línea preventivista general, en la que accesoriamente a la pena privativa de libertad se sanciona con la pérdida de la nacionalidad.

216. En nuestro medio, la pérdida de la nacionalidad funciona respecto de los ciudadanos peruanos por nacimiento y extranjeros naturalizados. El artículo 7º del Decreto Ley N.º 25475 parece que ha creado un nuevo tipo de pena, aumentado el catálogo de penas diseñado en el Código Penal. Así los artículos 30º y 31º enumeran los casos de penas. La pérdida de la nacionalidad en tanto pena no se encuentra prevista en dichos artículos.

En conclusión, la pena de pérdida de la nacionalidad es violatoria de lo previsto en la Constitución Política y los tratados internacionales, debiendo declararse su inconstitucionalidad.

XVI. El derecho a la integridad personal

217. La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución.

218. Como el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos. No obstante ello, en ningún caso puede ser permitido desconocer la personalidad del individuo y, por ende, su dignidad. Ni aun cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consubstanciales. La dignidad, así, constituye un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.

219. El respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, éstas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que “todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado contra la dignidad humana”. (Caso Loayza Tamayo, Párrafo 57).

220. Es cierto, que así como el ius puniendi del Estado puede manifestarse en distintas intensidades, pues el grado de severidad sancionadora puede variar en proporción directa a la gravedad del delito cometido, también es posible que las condiciones en que el individuo debe cumplir la pena puedan ser distintas en atención a las particulares circunstancias que rodean el caso de cada sentenciado, es

decir, en atención al margen de peligrosidad que pueda ser deducido de sus características personales, su comportamiento, antecedentes penales, especial gravedad del ilícito cometido, etc. No obstante, en ningún caso puede justificarse la degradación del ser humano, de lo contrario el Estado, lejos de actuar cómo promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139°, inciso 22) de la Constitución), se convertiría en un colaborador del acrecentamiento de la desviación social del condenado, negándole incluso su condición de persona humana.

221. La calificación de una pena como inhumana o degradante y, por lo tanto, como atentatoria del derecho a la integridad personal, depende, en buena cuenta, del modo de ejecución de misma. No puede desatenderse que, aunque proporcional, la simple imposición de la condena ya implica un grado importante de sufrimiento en el delincuente, por ello sería inconcebible que ésta venga aparejada, a su vez, de tratos crueles e inhumanos que provoquen la humillación y envilecimiento en la persona.

Dicho trato inhumano bien puede traducirse en una duración injustificada de aislamiento e incomunicación del delincuente. Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación inconmensurable en la psiquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional.

222. El artículo 20° del Decreto Ley N.° 25475 dispone que los condenados por terrorismo cumplirán la pena “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención”. Asimismo, establece que “en ningún caso (...) los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación”. Esta misma línea fue seguida por el inciso b) del artículo 3° del Decreto Ley N.° 25744, declarado anteriormente inconstitucional.

223. El Tribunal Constitucional considera, en atención a lo ya expuesto, que someter a un sentenciado a una pena que suponga el aislamiento absoluto durante el período de un año constituye una medida irrazonable y desproporcionada, constitutiva de un trato cruel e inhumano. Lo propio acontece con la exigencia de mantener al recluso en celdas unipersonales durante todo su período de confinamiento en un centro penitenciario. Por ello, los preceptos referidos, en cuanto consignan dichas medidas, son violatorios del artículo 2°, inciso 1) de la Constitución y del artículo 5°, incisos 1), 2) y 6), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al afectar el derecho a la libertad personal.

224. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que son inconstitucionales las frases “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego”, así como “En ningún caso, y bajo responsabilidad del director del Establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación”, por lo que el artículo 20° del Decreto Ley N.° 25475 subsiste, redactado de la siguiente forma:

“Artículo 20° (Decreto Ley N°. 25475): Las penas privativas de libertad establecidas en el presente Decreto Ley se cumplirán, obligatoriamente, en un centro de reclusión de máxima seguridad, con trabajo obligatorio por el tiempo que dure su reclusión.

Los sentenciados por delito de terrorismo tendrán derecho a un régimen de visita semanal estrictamente circunscrito a sus familiares más cercanos. El Sector Justicia reglamentará el régimen de visita mediante Resolución Ministerial”.

XVII. El derecho internacional humanitario y la legislación antiterrorista

225. Por otro lado, se han cuestionado los Decretos Leyes materia del petitorio de la demanda, señalando que “violan flagrantemente las prohibiciones establecidas en el artículo 3° Común a los Convenios de Ginebra, los mismos que contienen el respeto a los derechos fundamentales que también están consagrados en la Constitución Política del Perú”. En ese sentido, se denuncia específicamente vulneración de las garantías constitucionales del debido proceso, al haberse creado jueces y tribunales de excepción en el fuero civil y fuero militar, desviando la jurisdicción de los civiles al fuero militar, así como el sistema de penas y penitenciario establecidos; en este último aspecto se menciona que no se ha respetado la prohibición de los tratos crueles, humillantes y degradantes, atentatorios de la dignidad personal.

El artículo 3° de los Convenios de Ginebra, señala:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en Conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente de las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

226. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba indicadas:

- a. Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones y los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b. La toma de rehenes;
- c. Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d. Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio, ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
(...)”.

227. En principio, desde el punto de vista estrictamente normativo, debe considerarse que la hipótesis fáctica de aplicación de la citada norma es la existencia de un conflicto armado no internacional que haya surgido en el territorio de un país contratante, en cuyo caso, a las partes en conflicto le están prohibidos los actos que ella describe; en ese sentido, en forma previa a cualquier pronunciamiento que se refiera a esta norma, ello requiere de una previa determinación de si los hechos provocados por el accionar de las organizaciones subversivas tienen o no la calidad de conflicto armado, lo que ciertamente al Tribunal Constitucional no le compete; a lo que debe agregarse que las prohibiciones reguladas en la citada norma internacional están referidas a actos concretos, lo cual tampoco puede ser objeto de pronunciamiento por este Tribunal dentro de la acción de inconstitucionalidad, la ella está sujeta al juicio de constitucionalidad entre dos normas: la constitucional y la norma legal.

228. No obstante, y sin que ello signifique reconocimiento de calidad de conflicto armado, pues se trata simplemente de la represión de un delito reprochable por el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional advierte que la legislación antiterrorista nacional cuestionada no vulnera las disposiciones de la normativa internacional en referencia, pues no autoriza, a sus agencias del control punitivo, ninguna de las prohibiciones taxativamente establecidas en la citada norma, máxime que en el fundamento precedente (XI de la presente sentencia) se consideró inconstitucional el artículo 20° del Decreto Ley N.º 25475, por cuanto el modo de ejecución de la pena venía aparejada de aislamiento e incomunicación del delincuente, lo que suponía trato cruel e inhumano.

XVIII. Realización de nuevos procesos

229. Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir en esta misma sentencia al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones y, por lo tanto, modular los efectos que sus decisiones generarán en el ordenamiento. En ese sentido, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional precisa que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 (retroactividad benigna en materia penal) y último párrafo del artículo 74 de la Constitución.

230. Considera el Tribunal Constitucional que tal regla al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio sententiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regulen en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N°. 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo, pues como expone este Tribunal en los fundamentos N.os 36, 37 y 38, los mismos supuestos prohibidos por el decreto ley 25659 se encuentran regulados por el decreto ley 25475. En consecuencia, una vez que el legislador regule el cauce procesal señalado en el párrafo anterior, la posibilidad de plantear la realización de un nuevo proceso penal, ha de estar condicionada en su realización a la previa petición del interesado.

Por ello, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Legislativo a dictar en un plazo razonable la forma y el modo con el que se tramitarán, eventualmente, las reclamaciones particulares a las que antes se ha hecho referencia.

XIX. La excepción de prescripción de la acción

231. Finalmente, el Tribunal Constitucional debe declarar que las cuestiones planteadas en la excepción de prescripción de la acción fueron resueltas en el auto de admisibilidad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando INFUNDADA la excepción de prescripción y FUNDADA, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia: decláranse inconstitucionales el artículo 7 y el inciso h) del artículo 13.º del Decreto Ley N.º 25475 así como la frase “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego” y “En ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación” del artículo 20º del Decreto Ley N.º 25475. También es inconstitucional el inciso d) del artículo 12.º del mismo Decreto Ley 25475.

Asimismo, son inconstitucionales los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del Decreto Ley N.º 25659. También la frase “o traición a la patria” del artículo 6º del mismo Decreto Ley N.º 25659 y los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Ley N.º 25708; los artículos 1 y 2º del Decreto Ley N.º 25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto Ley N.º. 25744.

DECLARA que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo de la controversia por haberse producido la sustracción de la materia, en relación con el inciso f) del artículo 12º conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N.º 123; así como en relación con el artículo 18º, conforme a lo expuesto en los fundamentos 124 y 125; con los artículos 15º, 16º y la Primera Disposición Final y Transitoria del Decreto Ley N.º 25475, según se expuso en el fundamento N.º 111 de esta sentencia;

E INFUNDADA, por mayoría, la demanda en lo demás que contiene, formando parte integrante de la parte resolutive de esta sentencia los fundamentos jurídicos N.os. 56, 58, 59, 62, 63, 65, 66, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 88, 93, 104, 106, 107, 128, 130, 131, 135, 137, 142, 146, 154, 159, 172 y 174, y, en consecuencia, son vinculantes para todos los operadores jurídicos dichos criterios de interpretación.

ASIMISMO, exhorta al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en esta sentencia en los fundamentos jurídicos N.os 190 y 194 así como establezca los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2º, 3º, incisos b) y c); y 4º, 5º y 9º del Decreto Ley N.º 25475, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N.º 205 de esta sentencia. Finalmente, a regular la forma y el modo como se tramitarán las peticiones de nuevos procesos, a los que se refieren los fundamentos 229 y 230 de esta sentencia.

Indica que esta sentencia no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales en esta sentencia.

DISPONE la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y su archivamiento.

SS.

ALVA ORLANDINI, BARDELLI LARTIRIGOYEN, REY TERRY, AGUIRRE
ROCA, REVOREDO MARSANO, GONZALES OJEDA, GARCÍA TOMA

UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 2003. Expediente 014-2002-AI-TC Publicada el 25 de enero de 2003 en el diario oficial El Peruano.

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N.º 27600. El magistrado se apartó de la posición mauoritaria y elaboró un voto singular.

Comentario de Samuel Abad Yupanqui.

- La sentencia del TC declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 27600 que regula el **procedimiento de reforma total de la Constitución peruana** de 1993. El fallo introduce una serie de criterios y límites materiales relativos a la institución de la reforma constitucional que no quedaban explícitos en los artículos 32º inciso 1) y 206º de la Carta. En tal sentido, reconoce que la reforma puede ser total o parcial, distinguiendo ambas en función de la modificación o no del contenido esencial de la Constitución. A su vez define este núcleo duro constitucional como el conjunto de principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social que sirven fundamento a la Carta Magna.
- En el caso de una reforma total de la Constitución, el fallo exige que el proyecto sea sometido a la voluntad del pueblo a través de un **referéndum**, dejando sentado que el Congreso, como poder constituido, no está autorizado para aprobar dicho proyecto. Si la reforma es parcial, entonces se puede obviar el referendun y aprobarla a través del procedimiento regulado por el artículo 206º de la Constitución que exige una mayoría cualificada en el Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas. El TC interpreta, apelando al principio de unidad de la Constitución, que la reforma parcial está sujeta a límites materiales constituidos por los derechos fundamentales y los principios supremos del ordenamiento constitucional.

TEXTO DE LA SENTENCIA

En Lima, a los 21 días del mes de enero del año 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, con el Voto Singular del Magistrado Aguirre Roca, pronuncia la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES

El demandante sostiene que el Congreso de la República, en virtud de la Ley N.º. 27600, se está arrogando atribuciones que son propias del

poder constituyente originario, inalienable e intransferible, pues bajo el membrete de "reforma total", pretende estatuir una nueva Constitución. Señala que la actual Carta Política no le ha conferido al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra, sino solamente la de modificarla; es decir, le ha otorgado la posibilidad de actuar como un poder constituyente derivado, por lo que, en realidad, lo que el Parlamento está intentando realizar es dar un golpe de Estado. Aduce que la Constitución no ha establecido ningún trámite para que el Congreso efectúe una nueva Constitución, sino solamente para reformarla, pero manteniendo su identidad y continuidad, por lo que un análisis minucioso y doctrinario no puede dejar de lado que el poder de reforma sólo permite modificarla parcialmente, más aún si se considera que se puede reformar la Constitución en cualquiera de sus materias, salvo en las indicadas en el último párrafo del artículo 32° de la Carta Magna vigente. Afirma que la facultad de dictar una nueva Constitución es exclusiva del pueblo, a través de una Asamblea Constituyente, elegida expresamente con dichas facultades.

De otro lado señala que, al haberse aprobado la Ley N.º 27600 por solamente 53 votos en favor, se ha violado la Constitución en cuanto a la forma, por cuanto no se ha cumplido con el procedimiento de aprobación de una ley orgánica.

Finalmente el demandante, incidiendo en la diferenciación entre promulgación y publicación de las leyes, afirma que al haberse retirado la firma del texto constitucional lo que se ha ocasionado es la despromulgación de la Carta Política Fundamental.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda indicando que el único procedimiento establecido en la Constitución que permite la reforma constitucional es el recogido en el artículo 206° y que sólo respetando tal procedimiento puede ser válida la reforma; únicamente de esta manera se observaría el principio de continuidad o estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico. Señala que el poder reformador del poder constituyente no es la única alternativa para una reforma total de la Constitución, pues una interpretación sistemática de los artículos 32° y 206° permite sostener que también se le ha conferido dicha facultad al Congreso de la República. Asimismo afirma que la reforma total o parcial de la Constitución a cargo del poder legislativo, prevista en su propio texto, es consecuencia de la voluntad libre y autónoma del poder constituyente. Agrega que el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución no ha sido establecido para aquellos casos referidos al referéndum constituyente, sino para los que tengan por objeto consultar a la ciudadanía sobre normas específicas de rango infraconstitucional, de carácter tributario y presupuestal, o sobre los tratados internacionales en vigor.

En cuanto a la prohibición de someter a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, el

demandado indica que tal prohibición atañe tanto al referéndum constitucional como al legal, en atención a que tales derechos constituyen un núcleo de identidad personal y moral que ni el proceso político ni las normas jurídicas están éticamente autorizados a ignorar y que, por lo demás, se encuentran reconocidos internacionalmente. La propuesta de convocar a una Asamblea Constituyente para plasmar una nueva Carta Fundamental no tiene sustento en la Constitución, pues el artículo 45° de dicho texto es claro en esta materia al establecer que el poder, incluyendo al de naturaleza constituyente, sólo puede ejercerse dentro de los límites que prevé la Constitución y la ley. Refiere que el referéndum es el mecanismo que la Constitución ha previsto para otorgar a las reformas la legitimidad política necesaria que garanticen su perdurabilidad.

Por otra parte, afirma que el número de votos necesarios para la aprobación de la Ley N.º 27600 no tuvo porqué ser análogo al número de votos necesarios para aprobar una ley orgánica.

Finalmente enfatiza que el retiro de la firma del ex Presidente Alberto Fujimori del texto de la Constitución de 1993 constituye un gesto político necesario para la moral pública, en aplicación de la Resolución Legislativa N.º 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral para gobernar, acto que sin embargo no afecta la vigencia de la Constitución de 1993.

FUNDAMENTOS

I. EL PETITORIO DE LA DEMANDA

1. El demandante solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27600 sobre la base de los siguientes fundamentos:

- a) Que dicha ley fue aprobada sin cumplir los requisitos establecidos para una ley orgánica, la cual es el instrumento jurídico requerido para canalizar el proceso de reforma.
- b) Que el artículo 1° de la Ley N.º 27600 "despromulga" la Constitución de 1993, al haber retirado la firma del Presidente de la República que la promulgó;
- c) Que el artículo 2° de la Ley N.º 27600 establece un procedimiento de reforma total de la Constitución, lo que consideran debe ser obra de una Asamblea Constituyente y no de un poder constituido; y,
- d) Que con la excusa de reformar la actual, el Congreso de la República pretende dictar una nueva Constitución.

II. LA FUENTE LEGAL COMPETENTE PARA AUTORIZAR EL ESTUDIO DE UN PROYECTO DE REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN (Primer fundamento del petitorio)

2. El primer cuestionamiento a la validez constitucional de la Ley N.º 27600 hace referencia a los eventuales vicios de procedimiento en su aprobación, pues, considera el demandante, al haberse aprobado con una votación favorable de 53 congresistas, se ha transgredido el segundo párrafo del artículo 106º de la Constitución, que establece que los proyectos de ley orgánica "se tramitan como cualquier ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

Alega que, si se autoriza la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma total de la Constitución, que incidirá en la regulación de la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado previstos en la Norma Fundamental, ella debió aprobarse mediante una ley orgánica.

3. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Sin embargo, antes de precisar sus razones, es necesario detenerse en el análisis de un argumento que, aunque no se encuentra planteado, puede inferirse del tenor de la demanda. En efecto, si la impugnación contra la Ley N.º 27600 no es entendida en sus justos términos puede conducir al absurdo de sugerir, o desembocar en la idea de que cualquier reforma que afecte a uno de los órganos del Estado -prevista en la Constitución-, para ser válida sólo requeriría aprobarse mediante una ley orgánica y no a través de una reforma constitucional, de acuerdo con el artículo 206º de la Norma Fundamental.

4. Tal supuesto es inadmisibles, ya que ningún poder constituido, con excepción de la reforma constitucional, tiene competencia para alterar en absoluto la Constitución. Cualquier capacidad para modificar, suprimir o adicionar una o varias disposiciones constitucionales pasa porque estos mecanismos se aprueben según el procedimiento establecido en el artículo 206º de la Constitución. Y es que es indubitable que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución.

5. No parece, sin embargo, que ese sea el sentido de la impugnación planteada contra la Ley N.º 27600. El propósito de la demanda parece estar destinado a exigir que el mandato encomendado a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso debe ser aprobado mediante ley orgánica y no a través de una simple ley ordinaria.

6. El Tribunal tampoco comparte dicho criterio. En efecto, el artículo 106º de la Constitución de 1993 delimita claramente las materias que

pueden ser objeto de regulación mediante una ley orgánica. A saber: la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado, previstas en la Constitución, así como aquéllas cuya regulación mediante esta fuente del derecho se encuentre expresamente prevista por la misma Carta, y que, en concreto, se circunscriba a lo regulado por los artículos 31°, 66° y 200° de la Constitución.

7. En efecto, la Norma Fundamental impone al legislador ordinario ciertos límites, no sólo de carácter procedimental o material, sino incluso de orden competencial. Así, por ejemplo, que determinadas fuentes, como la ley orgánica, sólo son capaces de regular determinadas materias. Aquéllas, precisamente, para las cuales se ha previsto una reserva de ley orgánica; o, formulada de modo inverso, que las materias establecidas en el artículo 106° y las conexas, únicamente pueden ser reguladas mediante determinada fuente del Derecho.

8. El Tribunal Constitucional destaca que esa reserva de ley orgánica no es un tema que, por analogía, pueda extenderse a otras materias no previstas en tal dispositivo. Y es que, como sucede con toda reserva de ley, de las que naturalmente no escapa la ley orgánica, ésta siempre es expresa y nunca implícita.

9. Es evidente que la Ley N.º 27600 no pretende regular la estructura y organización de un órgano constitucional o de relevancia constitucional. Mediante ella el Congreso de la República sólo ha encargado que una de sus comisiones □la de Constitución, Acusaciones Constitucionales y Reglamento- proponga un proyecto de reforma total de la Constitución.

10. En ese sentido, y contra lo que se afirma erróneamente en la demanda, el Tribunal Constitucional considera que si la Ley N.º 27600 hubiese sido aprobada como ley orgánica, ésta habría tenido que ser declarada inconstitucional. Ello porque mediante leyes orgánicas no es posible legislar otras materias que las que el propio artículo 106° de la Constitución prescribe (incluyendo, desde luego, sus remisiones a otros preceptos constitucionales).

11. Finalmente, no está de más recordar que el encargo del Congreso de la República a una de sus comisiones para que proponga un mero Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución no requiere de autorización previa mediante una ley ordinaria, dado que la elaboración de un proyecto, cualquiera sea la materia que se trate, es un tema que incumbe al Congreso de la República y, como es obvio, su tratamiento ya se encuentra regulado en su Reglamento, que también es una fuente que tiene rango de ley.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional considera que este primer aspecto de la pretensión debe desestimarse.

III. LA "DESPROMULGACIÓN" DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EL RETIRO DE LA FIRMA DEL EX◻PRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI (Segundo fundamento del petitorio)

12. El segundo tema planteado por el demandante tiene que ver con los efectos jurídicos de lo regulado en el artículo 1° de la Ley N° 27600. Dicho dispositivo legal establece lo siguiente:

"Suprímese la firma de Alberto Fujimori del texto de la Constitución Política del Estado de 1993, sin perjuicio de mantener su vigencia, en aplicación de la Resolución Legislativa N° 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral y, en consecuencia, la vacancia de la Presidencia de la República".

13. El demandante considera que este dispositivo es inconstitucional, ya que uno de los efectos jurídicos del artículo 1° de la Ley N° 27600 sería la "despromulgación" de la Constitución de 1993; ello porque, al retirarse la firma de quien ejercía la Presidencia de la República en el momento en que aquélla se promulgó, se cancelaría el acto mismo de promulgación.

§1. La promulgación de la Constitución de 1993

14. El artículo 136° del Decreto Ley N° 25684, Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático, dispuso que se considerara a dicho órgano, "por su naturaleza emanada del voto popular", como "soberano y autónomo respecto de los otros poderes del Estado". Éste tenía como finalidades "Elaborar y aprobar el texto de la nueva Constitución Política del Perú, definiendo la estructura, carácter y composición del futuro Poder Legislativo", así como "ejercer la función legislativa, con las atribuciones y facultades establecidas por la Constitución Política de 1979 para el Congreso de la República y las Cámaras Legislativas, en cuanto sean aplicables y procedentes de acuerdo con la presente Ley" (Art. 138, incisos 1) y 2).

15. El artículo 147° del referido decreto disponía que "El texto de la nueva Constitución Política que apruebe el Congreso Constituyente Democrático, será sometido a referéndum para su ratificación, según el procedimiento que se fije por ley expresa. La promulgación de la Constitución Política la realiza el Presidente Constitucional de la República, luego que el Jurado Nacional de Elecciones publique los resultados del referéndum".

16. A su vez el artículo 148° del decreto en mención señalaba que "Si del resultado del referéndum no se ratificara el texto que le es

sometido, el Congreso Constituyente Democrático procederá a reformular el mismo. El texto reformulado □agregaba-, será sometido a un segundo referéndum. De repetirse el resultado, el Poder Ejecutivo efectuará las rectificaciones correspondientes dejándolo expedito para su promulgación". La acotada norma, posteriormente, fue modificada por el artículo 1° del Decreto Ley N°. 25686, y su redacción final fue de la siguiente forma: "Si del resultado del referéndum no se ratificara el texto que le es sometido, el Congreso Constituyente Democrático procederá a reformular el mismo. El texto reformulado será sometido a referéndum".

17. Por otro lado, el artículo 1° de la Ley Constitucional de fecha 1 de setiembre de 1993 disponía que, "a efectos de conocer la voluntad del pueblo peruano respecto del nuevo texto constitucional aprobado por el Congreso Constituyente Democrático", "procédase a realizar un referéndum". Su artículo 3° señalaba que "Se considerará ratificada la nueva Constitución si los votos por el SÍ superan a los del NO".

Finalmente, la Decimosexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 señalaba que, "Promulgada la presente Constitución, sustituye a la del año 1979". En suma, el artículo 147° del Decreto Ley N.° 25684, esto es, una norma dictada por el gobierno de facto, señalaba que la promulgación de la Constitución Política la realiza(ría) el Presidente Constitucional de la República.

18. A juicio del Tribunal Constitucional, una disposición semejante es inocua desde un punto de vista jurídico-constitucional, fundamentalmente por dos razones:

a) Por la propia naturaleza del denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, éste no podía regular y limitar la actuación de un Poder Constituyente, como lo fue el Congreso Constituyente Democrático. Es decir, no podía condicionar a que la futura obra de dicho órgano tuviese que ser promulgada por un poder constituido; y,

b) El artículo 147 del Decreto Ley N.° 25684 condicionaba a que la promulgación de la nueva Constitución la realizase el Presidente Constitucional de la República, status que, desde el 5 de abril de 1992, perdió el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori.

19. Por la consideración expuesta, la comunicación transmitida al gobernante de facto de ese entonces, con fecha 20 de diciembre de 1993, en virtud de la cual el Presidente del CCD y los miembros de su Junta Directiva, disponían que: "Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación", debe entenderse como el envío para que este último ordene la publicación de la Constitución de 1993.

§2. Promulgación de la Constitución y promulgación de la ley

20. Los demandantes sostienen que la promulgación de la ley tiene un carácter análogo a la promulgación de la Constitución. Sobre la materia es factible señalar lo siguiente:

21. La promulgación de la ley, según el artículo 108° de la Constitución, es realizada por el Presidente de la República, dentro del plazo de quince días desde que ésta es remitida por el Congreso de la República.

Dicha promulgación forma parte del procedimiento legislativo, ya que pertenece a la fase integradora de su eficacia, conjuntamente con la publicación. Quien lo hace, por ese mero hecho, no participa en el ejercicio de la función legislativa, pues como dispone el mismo artículo 108° de la Constitución, el Presidente de la República promulga "la ley aprobada según lo previsto por la Constitución" [Cf. Serio Galeotti, Contributo alla Teoria del procedimento legislativo, Giuffrè editore, Milano, 1985, Pág. 288 y ss.]. Esto es, la ley tiene la condición de tal una vez que ha quedado sancionada por el propio Congreso de la República, y no porque ella haya sido promulgada por el Presidente de la República. Sin embargo, la sola sanción de la misma no basta para que ella rija y, por consiguiente, sea obligatoria, ya que como lo disponen los artículos 108° y 109° de la Constitución, es necesario que ésta sea promulgada y publicada.

22. Mediante la promulgación de la ley, el Presidente de la República certifica su existencia, esto es, corrobora que se ha seguido el procedimiento constitucional para su elaboración (Domingo García Belaunde, "Sanción, promulgación y publicación de la Constitución de 1979", en Lecturas sobre temas constitucionales, CAJ, Lima, 1990, Pág. 26 y ss); Asimismo, mediante ella el Presidente de la República da fe de que el texto de la ley es efectivamente el que el Congreso de la República ha aprobado y sancionado.

Finalmente, la promulgación contiene el mandato para que se publique y sea cumplida por todos. [Nicolás Pérez Serrano, "Las erratas en las leyes", en Escritos de Derecho Político, T. II, INAP, Madrid 1984, Pág. 858-859].

23. El acto de promulgación se realiza en la autógrafa de la ley. Ésta, por su propia naturaleza, agota todos sus efectos en el acto mismo en que se realiza.

Por lo tanto, la promulgación de la ley no impide que pueda ser sometida a un control de constitucionalidad formal, esto es, que pueda ser evaluado el procedimiento de su aprobación señalado en la Constitución y en el Reglamento Parlamentario, so pretexto de que el Presidente lo hizo en el acto de la promulgación [Stefano María Cicconetti, "Promulgazione e pubblicazione delle legge", en

Enciclopedia del Diritto, T. XXXVII, Varesse 1988, Pág. 100 y ss]. En ese sentido, la promulgación no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

24. Por otro lado, es conveniente advertir que su obligatoriedad no depende exactamente de su promulgación, sino que se deriva directamente de los artículos 51° y 109° de la Constitución, el último de los cuales señala que "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial".

En razón de lo expuesto, la obligatoriedad de la ley es únicamente consecuencia de su publicación en el diario oficial.

25. Como expone Juan José Solazabal Echevarría ["Sanción y promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria", en Revista de Estudios Políticos, N.º 55, 1987, pág. 379], la promulgación "es un acto debido, de carácter declarativo, por consiguiente, no constitutivo de la ley, perteneciente, dentro del procedimiento legislativo, a la fase integradora de la eficacia y que se verifica por medio de una fórmula donde se contiene, en primer lugar, la proclamación formal de la ley como tal ley y, en segundo lugar, el mandato... de su publicación".

26. ¿Cabe extrapolar dicha doctrina para el caso de la promulgación de la Constitución y afirmar, como lo hacen los demandantes, que con el retiro de la firma del ciudadano japonés Alberto Fujimori Fujimori, la Constitución de 1993 quedó despromulgada?

El Tribunal Constitucional considera que, detrás de tal objeción, se oculta una particular perspectiva del significado y valor del acto de la promulgación. Como indica Santamaría Pastor (Fundamentos de Derecho Administrativo I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, Pág. 562), el valor que a ella se le ha brindado es múltiple, y obedece, en sus primeras construcciones doctrinales, a la lucha entre el principio democrático y el principio monárquico.

En efecto, para un primer grupo de autores, "dicha fórmula no sería sino la materialización externa del acto de sanción real (en los regímenes republicanos, de la decisión presidencial de no ejercer su derecho de veto)".

Para un segundo grupo, "consistiría en una orden de ejecución de la ley, la que la haría ejecutoria y de obligado cumplimiento para los ciudadanos (por cuanto el Jefe de Estado expresaría así la voluntad de éste en su conjunto) y para la Administración y los jueces (que, conforme ocurría en el Antiguo régimen, se conciben como autoridades exclusivamente dependientes del Rey, único que les obliga con sus órdenes)".

Para un tercer grupo, "la promulgación sería un acto de reconocimiento de la adopción de la ley por el Parlamento y de certificación o autenticación de su texto". Y para un cuarto grupo, "se confundiría con la publicación (sería, en definitiva, la orden de publicación de la ley)"

27. El Tribunal Constitucional considera que la promulgación de una Constitución, por su propia naturaleza, es un asunto que sólo lo puede realizar el poder constituyente. Y cuando dicho poder ordena que la promulgación de la nueva Constitución la realice un poder constituido, este mandato no tiene sino un valor simbólico, que no afecta en nada a su obra.

28. Por todo ello, la supresión de la firma del ex presidente Alberto Fujimori es jurídicamente viable y de ningún modo borra los efectos, en lo simbólico que pueda tener su firma, de la promulgación de la Constitución de 1993. En primer lugar, porque ninguna ley puede borrar los hechos que sí ocurrieron, y ocurrió que la Constitución fue promulgada por el CCD y que ella fue firmada por Alberto Fujimori. En segundo lugar, porque la justificación o causa para retirar la firma del Alberto Fujimori, según la ley impugnada, es su incapacidad moral, la misma que fue declarada 6 años después que el Presidente suscribiera la Constitución: su incapacidad moral □al tiempo de suscribir la Constitución- no está, pues, declarada por ley alguna.

29. En suma, el Tribunal Constitucional considera que la promulgación de la Constitución de 1993, por el Ingeniero Alberto Fujimori, jurídicamente es irrelevante, pues éste no tenía, en diciembre de 1993, la condición formal de Presidente "Constitucional" de la República. Por consiguiente, la supresión de la firma de Alberto Fujimori en el texto de la Constitución de 1993, constituye un acto jurídico lícito que no tiene el efecto de "despromulgarla".

IV. LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN (Tercer fundamento del petitorio)

30. El demandante alega que el artículo 2° de la Ley N.° 27600 autoriza la reforma total de la Constitución, lo que juzga incompatible con la Norma Suprema, pues ésta sólo autorizaría la reforma "parcial". Al respecto, el artículo 2° de la ley impugnada señala que:

"La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993".

31. Pese a que la controversia se ha planteado (y desarrollado) en torno a los alcances de la reforma constitucional, lo primero que tiene que

expresar este Tribunal es que aquélla, vistas bien las cosas, es una problemática prematura, nom nata. En efecto, el artículo 2° de la Ley N.° 27600 no pretende plantear como problema si la reforma puede tener alcances totales o parciales: dicho dispositivo no aprueba reforma constitucional alguna. En puridad, sólo se limita a autorizar a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República a "proponer un proyecto" de reforma total de la Constitución.

Como antes se ha anotado, la autorización para que una de las Comisiones del Congreso de la República se dedique al estudio y diseño de un proyecto de ley, cualquiera sea la materia sobre la que verse, no es un asunto vedado por la Constitución.

Antes bien, según señala el artículo 105° de la Constitución, "Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso de la República". Y según establecen los artículos 72° y 73° del mismo Reglamento, la aprobación de leyes de reforma constitucional debe realizarse de conformidad con el procedimiento legislativo, que incluye su estudio en Comisiones. No en cualquier clase de comisiones, sino, como señala el artículo 77° del mismo Reglamento, en aquélla que le corresponda en aplicación del criterio de especialización. Y lo razonable, si es que la opción adoptada ha sido que una Comisión del Congreso realice la tarea de proponer un Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución, es que esa Comisión no sea otra que la de Constitución, Acusaciones Constitucionales y Reglamento del Congreso de la República.

32. Las razones anteriormente expuestas servirían para desestimar, en este extremo, la controversia sometida al Tribunal Constitucional. Sucede, sin embargo, que ampararse en ese criterio para rehuir las cuestiones sustantivas que se han planteado, supondría una inadmisibles falta de consideración con las partes en el presente proceso y, principalmente, con la sociedad, que está a la expectativa de lo que pueda sostener este Tribunal sobre su futuro constitucional.

33. En efecto, este Tribunal, en una acción de inconstitucionalidad, debe tener en consideración que a él se le ha confiado constitucionalmente la función de pacificar los conflictos jurídico-políticos, clarificando y "fomentando el desarrollo del derecho objetivo", al mismo tiempo de ejercer una labor de "orientación a los órganos del Estado sobre lo que deben hacer u omitir, es decir, cómo debe ser en futuras situaciones típicas su comportamiento conforme a la Constitución" (Jutta Limbach, "Función y significado del recurso constitucional en Alemania", en Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional, N.° 3, México 1999, pág. 73).

34. En consecuencia, el Tribunal Constitucional decide analizar si lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N.° 27600 es o no constitucional.

Es conveniente señalar que este pronunciamiento no está referido al contenido mismo de la reforma, sino sólo a la posibilidad de su realización, pues es claro que entre tanto éstas no hayan sido aprobadas, este Tribunal no está en la capacidad de poder efectuar forma de control alguno.

35. El Tribunal Constitucional es, además, competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se puedan introducir, pues si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que ésta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado.

36. El problema, entonces, es el siguiente: ¿puede reformarse totalmente la Constitución? ¿Tiene el Congreso de la República capacidad, per se, para efectuar la reforma total de la Constitución? ¿Puede un poder constituido, después de haberse aprobado la reforma total de la Constitución, ordenar la abrogación de la Constitución que le confiere la competencia de reformar?

Previamente, antes de ingresar al análisis de los cuestionamientos precedentes, consideramos necesario referirnos a los antecedentes que se registran en la historia republicana del Perú en torno a este problema.

V. El Poder Constituyente, la Constitución y la Reforma Constitucional en la historia republicana del Perú

37. El origen de nuestra vida republicana está estrechamente ligado con nuestra historia constitucional. Como afirmara Jorge Basadre, al referirse a la Declaración de Independencia Nacional, las palabras del General San Martín, autoproclamado Protector del Perú, en torno a nuestro carácter "libre e independiente", simbolizaron la nueva forma que desde ese instante asumía el país y el salto audaz que éste emprendía.

Esa República, "libre e independiente", sustentada en la "justicia de su causa", aprobó sus "Bases de la Constitución Política" el 17 de diciembre de 1822, y posteriormente su primera Constitución, la de 1823, y desde entonces ha permanecido fiel a los principios políticos y sociales de organización de un Estado democrático.

Las Bases de la Constitución de 1822, como expresa García Belaúnde, en realidad no eran una Constitución, sino (contenía) los principios sobre los cuales se aprobaría(n) la(s) futura(s) Constitución(es) [Domingo García Belaúnde, "Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)", en Revista Ayer, N°. 8, Madrid 1992, Pág. 150].

Es allí donde surgen los primeros contenidos de la Constitución histórica del Perú. A saber, que la soberanía reside en el pueblo (artículo 2°), que su forma de gobierno es republicana (artículo 4°) y representativa (artículo 7°); que en ella ocupan un lugar privilegiado el reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales del ser humano (artículo 9°) y que éste se sustenta en la separación de funciones estatales.

38. No obstante ello, a lo largo de toda nuestra historia republicana se han sucedido diversas constituciones. Como expresara Manuel Vicente Villarán ["La Constitución de 1828", en Páginas Escogidas, P.L. Villanueva, Lima 1962, Pág. 45], hemos vivido "haciendo y desahaciendo constituciones". En efecto, en 181 años, la República se ha regido formalmente por 12 constituciones, una por cada 15 años, en promedio.

39. Detrás de esa práctica, subyace implícita una idea errada: que la Constitución, antes de ser una norma que contiene los principios y valores cívicos, políticos y éticos más importantes de nuestra sociedad, cuyo cumplimiento se aspira a alcanzar, es en realidad un plan de gobierno. Los estragos de ese modo de ver las cosas, no son menos dramáticos, pues una vez finalizado el régimen en cuyo interregno se dio la nueva Constitución, ésta sucumbía con aquél.

Y cuando ello no ha sido así, el acto de darnos una nueva Constitución ha sido consecuencia de su falta de legitimidad, pues a su amparo se pretendieron legitimar golpistas y gobernantes de facto, que no dudaron en supeditar la Norma Fundamental a los espurios decretos leyes que en ese contexto se expedían y que sostenían con la fuerza de las armas [Domingo García Belaúnde, "Bases para la historia constitucional del Perú", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N.º 98, México 2000, Pág. 547 y ss. Idem, Las constituciones del Perú, Ministerio de Justicia, Lima 1993, Pág. 9].

40. La situación precedente a la dación de la Constitución de 1993 no dejó de observar cierta similitud con el pasado. Así, la Constitución de 1993 se dictó con el objeto de legitimar un golpe de Estado y "revestir" de legalidad al gobernante de facto, a través de un referéndum de muy dudosa legitimidad. Ella se expidió no tanto por deseos del dictador, sino como consecuencia de la presión de la opinión pública y de los organismos internacionales.

Cancelado el régimen autoritario en noviembre del año 2000, en una muestra evidente de madurez cívica y constitucional del pueblo y sus autoridades, no se ha seguido la opción de buscar una salida informal, sino de utilizar los mecanismos que la Constitución de 1993 prevé para seguir regulando la vida institucional del país. Como corolario de todo lo expuesto, es que se declaró la vacancia del cargo del Presidente de la República, que precaria e infielmente venía ocupando el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, nombrándose como Presidente Constitucional a don Valentín Paniagua Corazao, quien se encargó de iniciar la transición democrática.

41. El hecho de ligar el fenómeno constituyente como un acto posterior a los golpes de Estado, es recurrente en la historia republicana, como enseguida veremos:

42. Nuestros primeros constituyentes, los que aprobaron la Carta de 1823, atendiendo a las difíciles circunstancias en que ella fue promulgada, establecieron que la misma debía ser ratificada o reformada, concluida que fuera la guerra de Independencia, por un Congreso General, cuyos integrantes debían ser investidos con poderes explícitos. Según los artículos 191° y 192° de la Constitución de 1823, ésta quedaba sujeta "a la ratificación o reforma de un Congreso General compuesto por los diputados de las provincias actualmente libres, y de todas las que fueran desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra" para cuyo efecto "deberán contener los poderes de los diputados cláusula especial que los autorice para ello".

43. La Constitución de 1826, presentada por Simón Bolívar, fue aprobada por el Consejo de Gobierno, sometido a los colegios electorales y ratificada por el mismo Consejo el 30 de noviembre de 1826, sin que en su texto o ratificación participaran representantes elegidos por el pueblo o por éste directamente [José Pareja Paz-Soldán, *Las constituciones del Perú* (Exposición, crítica y textos), Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1954, Pág. 157 y ss].

El procedimiento seguido para su aprobación, distinto al previsto en la Carta de 1823, además de instaurar una suerte de Monarquía no hereditaria [Manuel Vicente Villarán, "Ensayo sobre las ideas constitucionales de Bolívar", en *Sociedad Bolivariana de Venezuela, Testimonios peruanos sobre el libertador*, Imprenta Nacional, Caracas 1964, Pág. 87 y ss.], fue cuestionado por diferentes sectores de la sociedad, a tal punto que, después de seis semanas de haberse jurado, se tuvo que convocar a un Congreso General Constituyente para que decidiera cuál iba a ser la Constitución que debía regir.

La convulsión social y las difíciles circunstancias políticas □ que incluían el receso del Parlamento, un levantamiento militar en la Capital y algunas provincias, además del peligro de guerra externa □ obligaron al Presidente del Consejo de Gobierno, Mariscal Andrés Santa Cruz, quien ostentaba el Poder Ejecutivo en calidad de "encargado", a

consecuencia del golpe de Estado de enero de 1827, a convocar dicho Congreso, el cual una vez reunido, por Ley del 11 de junio de 1827, declaró nula la Constitución de 1826 y restauró la de 1823, con modificaciones, hasta que se diera una nueva.

44. La Constitución de 1828, llamada también "la madre de nuestras constituciones" por don Manuel Vicente Villarán ("La Constitución de 1828", en Páginas Escogidas, citado, Pág. 45), fue debatida y sancionada por el Congreso General Constituyente, estableciendo su inmutabilidad por un lapso de 5 años, al cabo de los cuales debía reunirse una Convención Nacional para revisarla y eventualmente reformarla en todo o en parte. En cumplimiento a lo establecido por el artículo 177° de dicha Carta, la Convención se reunió en julio de 1833, pero no pudo abocarse de inmediato al debate de la reforma constitucional, por las difíciles circunstancias políticas que se vivían, especialmente la relacionada con la sucesión presidencial.

No pudieron efectuarse elecciones presidenciales en todos los colegios electorales, por lo que la Convención tuvo que elegir un Presidente Provisional para que se hiciera cargo del Poder Ejecutivo, una vez que concluyó el mandato del Mariscal Agustín Gamarra (el cual fue elegido de manera provisoria por el Congreso, luego del golpe militar encabezado por el General La Fuente). Dicha elección, que suscitó una guerra civil, concluyó algunas semanas antes de la promulgación de la Constitución, cuyo texto, salvo ligeras variaciones, era fundamentalmente idéntico al de la Carta de 1828.

45. La Constitución de 1834, a su vez, establecía un procedimiento sumamente agravado para la reforma de "uno o más artículos", recayendo en el Congreso ordinario su aprobación. Dicha Constitución fue elaborada por una Convención Constituyente, que fue convocada de conformidad con lo dispuesto por el artículo 177° de la Constitución de 1828.

46. Como resultado del golpe de Estado del 24 de agosto de 1838, se convocó a un Congreso Nacional unicameral, el cual tuvo que reunirse en Huancayo debido a que la Capital aún se encontraba ocupada por un ejército extranjero. Este Congreso, que designó a Gamarra Presidente Provisorio de la República y ratificó todos sus actos desde que se investió del mando supremo, en poco más de tres meses aprobó la Constitución, soslayando el procedimiento establecido por la Carta de 1834 [Toribio Pacheco, Cuestiones Constitucionales, Editorial Grigley, Lima 1996, Pág. 47 y ss].

47. La Constitución de 1839, en esencia, repetía el oneroso procedimiento para la reforma que estableció su predecesora, el mismo que tampoco fue cumplido por la Convención Nacional en 1855.

La convocatoria a elecciones para dicha Convención, fue hecha a inicios de 1855 por el Mariscal Ramón Castilla, un año después del golpe de Estado. Uno de los primeros actos de los convencionales, como se recordará, fue la de nombrar Presidente Provisorio a Castilla, ratificando y legalizando así su autoridad.

La Convención Nacional, que declaró "derogada" por la voluntad popular la Carta de 1839, para aprobar la de 1856, tampoco cumplió con el procedimiento de reforma dispuesta por aquélla, que preveía también trámites agravados para llevarla a cabo.

48. La Carta de 1856 establecía un procedimiento sencillo para la reforma de "uno o más artículos", esto es, que el proyecto sea aprobado por tres legislaturas, previa discusión como cualquier proyecto ley. Empero, el Congreso de 1860 sancionó la Constitución de ese año, dejando de lado dicho procedimiento, al considerar que sus representantes, al ser elegidos, habían recibido el mandato expreso del pueblo para llevar a cabo la reforma [Lizardo Alzamora Silva, *La evolución política y constitucional del Perú independiente*, Librería e imprenta Gil S.A., Lima 1942, Pág. 34 y ss].

Dicha Constitución fue expedida por el Congreso constituido, "autorizado por los pueblos para reformar la Constitución Política de 1856", y promulgada, también, por el Mariscal Ramón Castilla, el 13 de noviembre de 1860; el cual, previamente, disolvió el Congreso y convocó a elecciones legislativas, de las que emanó el Parlamento ordinario que se convirtió en Constituyente por propia decisión.

Debe recordarse que el artículo 131° de dicho texto disponía que para reformar uno o más artículos constitucionales se necesitaba que el proyecto sea aprobado en dos legislaturas distintas (por el Congreso constituido), previa discusión en cada una de ellas, como la de cualquier proyecto de ley.

49. La Constitución de 1867, de tan efímera vigencia, fue sancionada por un Congreso Constituyente convocado por el Gobierno de la dictadura bajo la presidencia del General Mariano Ignacio Prado. Y como ocurrió con las anteriores, el procedimiento seguido para su aprobación no tomó en cuenta lo dispuesto por su predecesora.

50. La Carta de 1920 fue producto de una situación extra constitucional. El 4 de julio de 1919 Augusto B. Leguía instauró su llamado "Gobierno Provisional" e inmediatamente después convocó a una consulta plebiscitaria para reformar la Constitución de 1860, cuya ejecución recaería en las cámaras legislativas reunidas en Asamblea Nacional.

Dicha Asamblea, inmediatamente después de instalada, no sólo se limitó a introducir las reformas aprobadas en la consulta popular, sino

que decidió que en virtud de sus poderes constituyentes podía dictar una nueva Constitución. Elaborada ésta, fue sancionada y luego promulgada por el propio Leguía, y estuvo vigente en tanto éste se mantuvo en el poder.

La Carta de 1920 atribuía la competencia de su reforma, sin precisar si ésta podía alcanzar la totalidad de su articulado o sólo una parte de él, al Congreso Ordinario. Disponía la necesidad de su ratificación en otra legislatura ordinaria y el voto conforme de una mayoría calificada. Dicho procedimiento y requisitos no se cumplieron al aprobarse la Carta de 1933.

51. La Constitución de 1933 fue obra de un Congreso Constituyente, convocado por la llamada Junta Nacional de Gobierno en medio de una grave crisis política, que pasó por el derrocamiento de Leguía y los sucesivos gobiernos provisorios que se formaron inmediatamente después de este hecho. Dicho Congreso Constituyente, disminuido en razón de que una parte importante de sus miembros fue encarcelada y/o deportada, la aprobó y su promulgación la efectuó el General Oscar R. Benavides, el 9 de abril de 1933. Dicho Congreso Constituyente fue convocado mediante Decreto Ley N.º 7160, del 26 de mayo de 1931, y antes que sus miembros fueran elegidos, la Junta Nacional de Gobierno, que ejercía de hecho los Poderes Ejecutivo y Legislativo, designó una comisión de juristas eminentes, presidida por Manuel Vicente Villarán, para preparar un Ante-proyecto de Constitución del Estado, (Imprenta Torres Aguirre, Lima 1931) el mismo que, pese a ser presentado a la Asamblea, no se tomó en cuenta.

La Constitución de 1933, expedida por un Congreso Constituyente, sufrió numerosas interrupciones, siendo la más larga de ellas la iniciada en octubre de 1968, con el derrocamiento del Presidente Constitucional Fernando Belaunde Terry y la instauración del llamado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, bajo la dirección del General Juan Velasco Alvarado.

Sin embargo, el desgaste político y la progresiva pérdida de legitimidad social de dicho gobierno, aunados a la movilización popular, obligaron a sus conductores a plantear el retorno al régimen democrático y a transferir el poder a la civilidad. Dicho proceso no derivó en la vigencia plena de la Carta de 1933, ni en la utilización de los procedimientos en ella dispuestos para reformarla, sino en la convocatoria a elecciones para una Asamblea Constituyente, cuya actividad debía limitarse a la dación de una nueva Constitución Política del Estado, según el Decreto Ley N.º 21949, promulgado por el Presidente de la República designado por la Junta Revolucionaria, General Div. E.P. Francisco Morales Bermúdez.

52. La Constitución de 1979 fue sancionada en julio de ese año, pero la transferencia del poder se realizó recién al año siguiente [Domingo García Belaunde, "Sanción y promulgación de la Constitución de 1979", en Lecturas sobre temas constitucionales, N.º 4, CAJ, Lima, 1990].

La Constitución de 1979 estableció un procedimiento de reforma constitucional que no se observó cuando, tras el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se decidió convocar a un Congreso Constituyente Democrático para que decidiera si reformaba la Constitución de 1979 o daba una nueva Constitución. Y ello no obstante que en su artículo 307° señalara que ella no perdía su vigencia ni podía ser modificada si es que no se seguía el procedimiento de reforma allí previsto. Más aún, señalaba que serían "juzgados, según esta misma Constitución (la de 1979) y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables" de cualquier cambio o modificación constitucional sin observarse sus disposiciones.

Al respecto, en el expediente N.° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien ahora se encuentra vigente la Constitución de 1993, ello no impide que contra los golpistas del 5 de abril de 1992 y sus funcionarios se aplique ultraactivamente el artículo 307° de la Constitución de 1979, pues en el momento en que se cometieron tan luctuosos acontecimientos y hasta el 31 de diciembre de 1993, dicha Constitución se encontraba en vigencia, y, por lo tanto, ella es perfectamente aplicable para el juzgamiento de todos aquellos que participaron en la demolición de la institucionalidad democrática de nuestro país.

El Tribunal Constitucional deja constancia que a la fecha ni el Ministerio Público ni el Congreso de la República han procedido de acuerdo con sus atribuciones sobre la materia.

53. La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico, pernicioso y corrupto del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos.

Es de verse que, cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11-245,463 ciudadanos, de los cuales concurrieron a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8-191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6-237,682 votos y estableció 1-620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco. Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3-075,422, lo que representó el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993.

Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11-518,669 y el número de votantes fue de 8-178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SÍ (o sea aprobando la Constitución)

fueron 3- 895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3-548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 216,088. (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones)

En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993.

A esta cuestionable legitimidad de origen, ya desde diciembre de 1993, Domingo García Belaunde ("La nueva Constitución del Perú", en el trabajo conjunto con Francisco Fernández Segado, La Constitución peruana de 1993, Editorial Grigley, Lima 1994, Pág. 31) apuntaba: "En los momentos actuales, con un Presidente autoritario respaldado en las Fuerzas Armadas, es difícil decir qué pasará. La prueba de fuego de la actual Constitución, repetitiva de la anterior y con muy escasos méritos, será recién en 1995, cuando se den las elecciones generales y cuando (es de esperar) no exista el actual ambiente autoritario". En ese mismo sentido, César Landa (Tribunal Constitucional y Estado Democrático, PUCP, Lima 1999, Pág. 475) enfatizaba que "La Constitución peruana, si bien es la fuente de fuentes del Derecho, en la actualidad se encuentra en una crisis de falta de legitimidad constitucional, dado el carácter puramente formal de la legalidad constitucional que utilizan sus operadores, al vaciar los valores y principios constitucionales que aseguran la defensa y desarrollo de los derechos fundamentales de la persona como el control y balance de poderes, en su actividad legislativa. En este sentido, la ley ha quedado desvinculada de la Constitución material y, por el contrario, se encuentra a merced del voluntarismo parlamentario y presidencialista".

54. En suma, como colofón a toda esta reseña histórica, hay un dato común en toda nuestra experiencia constitucional en materia de cambios de Normas Fundamentales: que normalmente la convocatoria a un Poder Constituyente para que elabore una nueva Carta siempre ha sido una salida política frente a la instauración de un régimen de facto, cuyo final o ya se había producido o era una crónica de su muerte anunciada. El cambio constitucional, en ese sentido, ha sido una cuestión de higiene democrática y de reinserción en los principios del Estado de Derecho.

55. Contra lo que es un hecho constante en la historia peruana, los sucesos de los últimos meses permiten aseverar que la situación del Perú, en el momento en que se está discutiendo el cambio de la Constitución, no tiene parangón. En efecto, pues si bien la actual Carta fue elaborada por un Congreso Constituyente Democrático y aprobada a través de un referéndum, de muy dudosa legitimidad, también lo es que

el debate sobre la posibilidad de su reforma no se plantea en un contexto en el que se convive con un gobernante de facto, cuyo final es anunciado, sino en un ambiente en el que se ha restablecido plenamente la democracia en el país y a través de los mecanismos que esa misma democracia proporciona. En ese sentido, el Tribunal observa que la intención de propiciar un proceso de reforma constitucional, con las reglas que el propio ordenamiento constitucional proporciona, constituye un hito importante en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

56. El problema, sin embargo, no es tanto la oportunidad o pertinencia del proceso de reforma, sino, como lo ha sugerido el demandante y como se ha planteado en el fundamento 36, la forma en que ella pretende llevarse adelante. En ese contexto, cabe preguntarse ¿Puede el Congreso de la República cambiar la Constitución de 1993 por otra?

VI. EL PODER CONSTITUYENTE, LA CONSTITUCIÓN Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

57. Respecto a este punto, el Tribunal Constitucional considera que es necesario dilucidar los problemas jurídico-constitucionales que entraña la presente acción de inconstitucionalidad, lo cual exige que previamente este Colegiado se detenga a esclarecer los alcances de conceptos tales como Poder Constituyente, Constitución y Reforma Constitucional.

§1. El Poder Constituyente

58. En términos generales, suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional. Como expresa Ernst Bockenforde, el Poder Constituyente "es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede" (E. Bockenforde, "Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale", en G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino 1996, Pág. 234-235). Esta última (la Constitución), por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona.

59. Cabe precisar que ello no excluye la existencia previa de un Estado. Como expresa Sigifredo Orbegoso, "El poder constituyente es aquél que se instituye y funciona con el objeto de dar una Constitución a un Estado que nace por primera vez (sic) o que ha decidido cambiar de

Constitución" [Poder constituyente y otros ensayos, Editorial Normas Legales, Trujillo 2002, Pág. 73].

En tales supuestos, se dice que el Poder Constituyente, más que una fuente de creación, es una fuerza de transformación, ya que, como tal, puede llevar a cabo la refundación del ordenamiento constitucional sobre nuevos supuestos, sean estos políticos, sociales, económicos, culturales o propiamente jurídicos.

60. El Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución).

Es, finalmente, ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes.

§2. El Poder Constituyente y los Poderes Constituidos

61. De las características atribuidas al Poder Constituyente, queda claro que aquél, en cuanto poder creador, es único en su género, y que de él derivan a través de la Constitución, los llamados poderes constituidos o creados, es decir, los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y los demás de naturaleza constitucional. Los poderes constituidos, por consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución.

62. En caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquéllos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites.

Como afirma Manuel Aragón [Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control, Ediciones Ciudad

Argentina, Buenos Aires 1995, Págs. 15 y ss.] el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución. De allí que el Tribunal Constitucional considere que "no es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional con sus amplias competencias, sin que ella sufriera una reforma en su esencia" [Helmut Simon, "La jurisdicción constitucional", en Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse y Heyde, Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons librero, Madrid 1996, pág. 823].

63. En ese sentido, y como en su momento lo intuyera el Abate Emmanuel Sieyès (¿Qué es el Tercer Estado?, Alianza Editorial, Madrid 1989), el Poder Constituyente es un plenipotenciario del pueblo, mientras que los poderes constituidos sólo son portavoces o hacedores de una tarea regulada en sus lineamientos por la propia Constitución. Esto permite anticipar que lo que se ha dado en llamar reforma constitucional, y que se encuentra atribuida a uno de los poderes constituidos, no puede ser igual a la función que ejerce el Poder Constituyente.

§3. El Poder Constituyente y la Constitución.

64. La razón fundamental por la que se admite una concentración de facultades alrededor del Poder Constituyente responde al objetivo de regular jurídicamente al Estado sobre la base de una Constitución, norma que, por otra parte, debe entenderse como el instrumento jurídico receptor de los valores fundamentales de la sociedad en la que se adscribe.

65. En la medida que una Constitución es la depositaria de las aspiraciones del pueblo expresadas por el Poder Constituyente, su contenido reviste una "pretensión más fuerte de validez", y aspira a tener una permanencia o duración indeterminada. Por el contrario, si aquélla careciera de la vocación de regir los destinos de una sociedad u omitiere el plus de realizar efectivamente sus contenidos, su destino no tendría por qué ser diferente al de las leyes ordinarias, circunscritas sobre intereses y proyecciones mucho más específicas. Sin embargo, el que una Constitución aspire a prolongarse en el tiempo, permite predicar de la misma una característica de suyo especial y única, que en modo alguno puede ser ignorada por los poderes constituidos.

66. No es, pues, una razón formal la que convierte a la Constitución en norma jurídica suprema, sino una razón de orden material, que, como tal, impone restricciones o líneas de obligado comportamiento a quienes corresponde aplicarla y desarrollarla. Dicha razón empieza entonces, desde su propio origen y se proyecta hasta el último valor que aquella recoge.

§4. El Poder Constituyente y el Poder de Reforma Constitucional

67. Que el Poder Constituyente se configure como el artífice de la Constitución y que esta última sea la fuente de sustento jurídico en la que reposan los más importantes valores sociales, no significa que dicho poder, durante su misión constructora, no pueda incurrir en omisiones, pues, por principio, si sus criterios y proyecciones devienen como producto de un momento histórico determinado y no de una permanente voluntad evolutiva, el resultado constitucional viene siempre impregnado de una cierta dosis de relatividad histórica.

68. Si el resultado de la tarea constituyente, *prima facie*, resulta aceptable en términos sociales, como típico producto de un esfuerzo en el tiempo, la evolución que, por el contrario, experimenta la sociedad en la que la referida Constitución se aplica, tiende a desvirtuar, con el paso de los años, cualquier hipotético perfeccionismo. En dicho contexto, y ante la evidencia de constatar la presencia de vacíos, incongruencias, inadaptaciones y todo tipo de omisiones en el texto de una Constitución y la necesidad de que los mismos puedan quedar superados en algún momento, es que cobra legitimidad el llamado poder de reforma constitucional; que es, en esencia, aquel que se encarga de modificar, suprimir o enmendar una o más disposiciones constitucionales.

69. El carácter de poder constituido de la reforma constitucional viene asociado a la presencia de determinados límites en su ejercicio. Quiere ello decir que, para que una reforma pueda considerarse válidamente realizada, debe respetar los criterios que la Constitución, por voluntad del Poder Constituyente, expresamente estableció; criterios que, por lo general, aunque no exclusivamente, se encuentran relacionados a la presencia de mayorías calificadas en el procedimiento de su aprobación o a una eventual ratificación directa por parte del pueblo.

70. El que se asuma que el poder de reforma constitucional tiene connotaciones formales, no significa que este Colegiado excluya la legitimidad de aquellas reformas a las que la doctrina califica de informales o de auténticas "mutaciones constitucionales". Así, por ejemplo, lo realizado por este Tribunal Constitucional en relación con la segunda parte del artículo 173° de la Constitución, a fin de adecuar su sentido interpretativo a la Convención Americana de Derechos Humanos en el expediente N.° 010-2002-AI/TC [Cf. sobre el tema, Hsü Dau Lin, *Mutación de la Constitución*, Oñati (España) 1998).

Sin embargo, si se admite su procedencia, ello no significa que aquéllas puedan operar sin ningún referente mínimamente objetivo. Se trata, en tales casos, de distinguir entre mutación (reforma informal legítima) y desvirtuación (manipulación fraudulenta) del texto constitucional.

§5. Los límites del Poder de Reforma Constitucional

71. En la medida que se admite que el poder de reforma constitucional está revestido de ciertos criterios en su forma de ejercicio, éstos se instituyen como auténticos límites o reglas de obligatoria observancia. El Poder de Reforma Constitucional en tal sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el Poder Constituyente, es un poder limitado. Mientras que el poder creador carece de referentes objetivos y en el último de los casos, sólo puede condicionarse por las valoraciones sociales dominantes (no sería admisible un Constituyente que destruya la voluntad del pueblo), el poder creado para reformar tiene en sí mismo diversas restricciones, todas ellas nacidas de la Constitución.

72. Los límites que caracterizan al órgano reformador pueden, ser formales y materiales.

a) Los límites formales se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

i. En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental.

73. La existencia de límites formales, en los términos descritos, permite considerar que el rol cumplido por el Poder de Reforma Constitucional, no es, ni puede ser, el mismo que el del Poder Constituyente, que es por definición plenipotenciario. Se trata, por consiguiente, de un órgano constituido y, como tal, potencialmente condicionado.

Dicha condición no sólo es una garantía de que la organización constitucional democrática mantenga su coherencia, que pueda hablarse de supremacía constitucional, sino también que la propia norma constitucional sea capaz de controlar sus procesos de transformación.

74. b) Los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la

presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma.

75. Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido.

76. Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Éstos, a su vez, pueden ser de dos clases:

i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del artículo 183° de la Constitución de 1839, el artículo 142° de la Constitución de 1933.

ii. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado.

Como puede verse de lo anotado, la existencia de cláusulas pétreas exceptuadas de la reforma constitucional no niega la posibilidad de que, por fuera de ellas, se consideren otros principios supremos como impedidos de ser modificados. Es el caso de Italia, por ejemplo, en el que si bien su Constitución republicana de 1947 ha individualizado que su artículo 139° no es objeto de reforma constitucional, sin embargo, su Corte Costituzionale ha extendido esos límites materiales a otros principios supremos de su ordenamiento, como los derechos inviolables del ser humano.

77. En consecuencia, aquella reforma que no observara dichos límites, o simplemente los ignorara, resultaría ilegítima en términos

constitucionales.

§6. La posibilidad o imposibilidad de reformar totalmente la Constitución

78. A la luz de todo lo expuesto cabe preguntarse si mediante la reforma constitucional se puede emprender una modificación hasta un punto tal en que se sustituya integralmente los alcances de la Constitución, terminando por habilitar una nueva norma fundamental en reemplazo de la reformada.

79. Desde una perspectiva doctrinaria, la reforma constitucional es siempre parcial. Como expresa Carl Schmitt [Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid 1982, Pág. 119], "Una facultad de ´reformar la Constitución´, atribuida a una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional".

Como bien refiere, a guisa de ejemplo, Guillermo Calandrino ("Reforma Constitucional", en AA.VV. Curso de Derecho Constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires 2001) "El poder constituyente originario es aquél que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón y columnas), en tanto que el poder constituyente reformador es aquél que se ejerce para modificar el orden en que recibimos una casa (anular una ventana, abrir una puerta, recortar el jardín)".

80. En efecto, si el poder de la reforma constitucional es una competencia jurídica, una reforma que pretendiera la sustitución integral de la Carta, incluyendo la propia cláusula que autoriza tal competencia, implica un acto de revolución y es, por ello, antijurídica.

81. Sucede, sin embargo, que esto que pareciera ser un asunto doctrinal perfectamente definido, tiende a relativizarse en aquellos sistemas que, como el peruano de 1993, prevé expresamente la hipótesis de la reforma "total" (artículo 32º). Con lo cual alternativamente, o descartamos la capacidad de reformar totalmente la Constitución, al amparo de lo que la teoría constitucional expone, en cuyo caso, nuestro parámetro deja de ser la norma constitucional y la sustituimos por la doctrina [lo que sería un verdadero contrasentido]; o,

admitimos que algún sentido debe tener la disposición constitucional que señala que es posible efectuarse la reforma total.

82. Al Tribunal Constitucional no le cabe duda que él no es una instancia académica donde puedan pacificarse los problemas que se presentan en la teoría constitucional, sino un órgano jurisdiccional que resuelve sus causas con la autoridad que le proporciona la Constitución, que es la que lo crea y, desde luego, le confía la tarea de preservarla hasta donde ella misma se lo permite.

El tema, desde luego, es complejo. Pero no es nuevo, ni en el Perú (como se ha visto) ni en el derecho comparado, donde existen cláusulas de naturaleza semejante. Es el caso, por ejemplo, de lo que, *mutatis mutandi*, sucede en Alemania con el artículo 146° de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949 (según el cual, "La presente Ley Fundamental perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que haya sido aprobada por libre decisión del pueblo alemán") o del artículo 168° de la Constitución española de 1978 [según el cual "1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución (...), se procederá a la aprobación del proyecto por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación"].

83. Al margen de la polémica que, en cada uno de esos países, hayan suscitado cláusulas de esta naturaleza, lo cierto es que más allá de lo que en el plano teórico se pueda especular, se sostiene que allí se encuentra el "poder constituyente legal" [Caso de Alemania; Cf. Steiner, *Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Berlín, 1966, pág. 23 y ss; 223 y ss, citado por Pietro Giuseppe Grasso, "Potere Costituente", en *Enciclopedia del Diritto*, T., Varesse 198, pág. 643], o, lo que es lo mismo, se haya constitucionalizado el poder constituyente (Caso de España; Cf. Manuel Aragón, "Reforma Constitucional (Derecho Constitucional)", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Editorial Civitas, Madrid 1995, pág. 5655-5656]. Esto es, como sostiene Pérez Royo se haya previsto en la práctica "la constitucionalización de la destrucción de la Constitución en la terminología de Carl Schmitt" [Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, citado, pág. 208]

Lo que significa que, cualquiera sea el pronunciamiento que en torno a la hipótesis de la reforma total de la Constitución este Tribunal tenga que expedir, necesariamente habrá de realizarse a partir de lo que sobre tal asunto haya previsto la Constitución de 1993.

VII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

84. El artículo 206° de la Constitución regula el poder de reforma de la Constitución, condicionando su ejercicio a la observancia de su procedimiento. A saber, que ésta deba ser aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y, posteriormente, se someta a referéndum. O, que se puede omitir el referéndum, siempre que el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. En cualquiera de los supuestos, la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

85. De esta forma, el artículo 206° de la Constitución ha encargado la competencia (jurídica) de reformar la Constitución a dos poderes constituidos: Por un lado, en calidad de sujeto titular de la competencia, al Congreso de la República, quien la podrá llevar adelante por sí solo en la medida que la reforma se apruebe en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; y, de otro, el pueblo, quien se expresa mediante referéndum.

86. La Constitución de 1993 regula la participación del pueblo en el proceso de reforma constitucional, para aquellos casos en los que el Congreso no haya logrado la aprobación de la reforma parcial de la Constitución con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas. Adicionalmente, su participación es facultativa cuando, pese a haberse alcanzado el número de votos necesarios a los que se hace referencia en el artículo 206° de la Constitución, el Congreso decide que ella debe también ser aprobada mediante referéndum [artículo 32°, inciso 1) de la Constitución].

87. El artículo 206° de la Constitución no señala los alcances de la reforma constitucional, por lo que tratándose de una competencia jurídica, debe entenderse que la reforma sólo puede tener alcances parciales. Ese es el sentido en el que debe entenderse la expresión ley de reforma constitucional que utiliza el mismo artículo 206° de la Carta, cuando se refiere a que lo aprobado por el Congreso o mediante referéndum, en el ejercicio de esta competencia, no puede ser observado por el Presidente de la República.

Es decir, que se trata de una simple ley de reforma constitucional y no de la sustitución por otro texto constitucional. Y no puede ser observada por el Presidente de la República porque éste no participa del proceso de aprobación o sanción de la competencia de la reforma constitucional, sino, como antes se ha explicado, únicamente el Congreso de la República y/o el pueblo a través del referéndum.

88. Pero si el artículo 206° de la Carta esencialmente alude a la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° constitucionaliza que la reforma pueda ser total.

89. El demandante considera que la hipótesis de "reforma total" es sólo nominal, ya que si bien en el primer inciso del artículo 32° se enuncia su posibilidad, sin embargo, la segunda parte del mismo artículo prohíbe que se pueda someter a referéndum "la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona", "las normas de carácter tributario y presupuestal" y "los tratados internacionales en vigor". Desde este punto de vista, la negación de la facultad de reformar totalmente la Constitución se derivaría del hecho de que, al menos las normas constitucionales que regulan las materias antes señaladas, no podrían ser objeto de reforma. En consecuencia, sino pueden reformarse, no cabe la posibilidad de sustituir la Constitución.

90. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En primer lugar, porque la prohibición a la que se alude en el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en principio, no está dirigida a limitar la competencia del Congreso de la República para realizar la reforma constitucional, sino a la posibilidad de que tales materias puedan someterse a referéndum. La primera, como se ha dicho, es la capacidad jurídica que se tiene para enmendar, modificar, suprimir o quitar una o algunas disposiciones constitucionales; en tanto, que mediante la segunda, se somete a la consulta del pueblo la aprobación de determinadas materias, incluso las reformas constitucionales, conforme dispone el artículo 206° de la Constitución.

91. En segundo lugar, no todas las materias señaladas en el segundo párrafo del artículo 32°, por estar prohibidas de someterse a referéndum, constituyen límites materiales de la potestad de la reforma de la Constitución. En efecto:

a) Cuando en dicho precepto constitucional se dice, por ejemplo, que no puede someterse a referéndum las normas de carácter tributario, es claro que ella no comprende a cualquier clase de norma o fuente del derecho que la regule, sino, concretamente, a las que por expresa disposición de la Constitución están llamadas a regular, por debajo de ella, la materia tributaria, esto es, a las leyes o los decretos legislativos.???????

b) Algo similar, sucede con la exclusión del referéndum respecto a los tratados internacionales en vigor. En efecto, el impedimento son los tratados en vigor; esto es aquellos que, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución, forman parte del derecho nacional.

92. c) A diferencia de los anteriores, la prohibición de que se someta a referéndum la "supresión o disminución de los derechos fundamentales", no constituye una autorización de que tal regulación

pueda ser dispuesta por cualquiera de los poderes constituidos. (tampoco los otros constituyen una autorización, simplemente no son una prohibición de regulación por los poderes constituidos).

c.1) En primer lugar, el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede "suprimir o disminuir los derechos fundamentales", pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título cómo éstos se hallen consagrados.

93. Como en diversas ocasiones ha tenido oportunidad de recordar este Tribunal, si bien en el Estado Constitucional de Derecho no hay derechos absolutos, pues, con poquísimas excepciones, todos ellos son susceptibles de ser regulados y limitados; sin embargo, ello no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos.

Una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción.

94. Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente.

95 c.2) En segundo lugar, del hecho que la "supresión y disminución de los derechos fundamentales" no puedan ser sometidas a referéndum, esto es, que se trate de materias que incluso no puedan ser decididas por el pueblo en cuanto poder constituido, se deriva que, en la totalidad del Texto Constitucional, las cláusulas que reconocen los derechos fundamentales ocupan una posición muy especial, en cuanto recogen el plexo de valores materiales de todo el sistema constitucional y que, en ese sentido, legitiman toda la organización estatal.

96. Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional considera que las cláusulas que los reconocen constituyen verdaderos límites materiales

sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución. De esta forma, el órgano autorizado a realizarla no podrá disponer "la disminución o supresión de los derechos fundamentales", ni siquiera siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Carta Política. (relevancia de esto es que fija el criterio de que los derechos fundamentales son límites materiales a la reforma).

Desde luego, se trata de un límite que opera sólo en sentido negativo, esto es, que impide que el órgano de la reforma pueda suprimir o disminuir los derechos fundamentales; pero no en sentido positivo, es decir, la licitud de la reforma constitucional, si es que ella tiene por propósito ampliar, optimizar o reconocer nuevos derechos constitucionales.

97. En definitiva, el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32°, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales.

98. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que por perversos que hayan sido los fines de quienes dieron la Constitución de 1993, en ella hay la afirmación de que nuestro ordenamiento constitucional no es ajeno, neutro o desligado a un sistema material de valores.

99. En definitiva, el Tribunal Constitucional considera que una interpretación que respete el principio de unidad de la Constitución, exige del intérprete comprender necesariamente que la potestad de reformar parcialmente la Constitución, en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a límites formales o procedimentales (artículo 206° de la Constitución), sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional.

VIII. LOS ALCANCES DE LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DE LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN

100. Ahora bien, si en el artículo 206° de la Carta esencialmente se ha previsto la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° ha constitucionalizado la posibilidad de que la reforma constitucional pueda ser total. Lo que significa, en principio, que si la competencia de reformar parcialmente la Constitución tiene límites, de

cuya observancia depende su validez, éstos no pueden extenderse a la hipótesis de la reforma total.

Pero entonces, surge la pregunta ¿cómo entender la posibilidad de reformar totalmente la Constitución? ¿se trata de una competencia jurídica que pueden realizarla los mismos órganos autorizados a reformar parcialmente la Constitución? ¿Deberá seguirse el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución? (Pregunta clave)

101. A tales interrogantes, el demandante ha respondido que, pese al expreso reconocimiento de los alcances totales de la reforma, tal disposición (el artículo 32° de la Constitución), en realidad no autoriza ni permite que el Congreso la efectúe, pues ésta es siempre una función que debe realizar el Poder Constituyente y no un poder constituido. A su juicio, la posibilidad de que se sustituya la Constitución de 1993 por otra o, lo que es lo mismo, se la abrogue, como expresa el artículo 2° de la Ley N.° 27600, debe sujetarse a la convocatoria de una Asamblea Constituyente. (cuestión clave)

102. El Tribunal Constitucional no comparte tales criterios. En efecto, cuando el artículo 32°, inciso 1), alude a la posibilidad de que se pueda practicar una reforma total de la Constitución, en realidad, ha constitucionalizado la función constituyente, siguiendo en ello lo que, en su momento, estableciera el artículo 28° de la Constitución francesa de 1793 ("Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus propias leyes a las generaciones futuras").

103. Con ello, como expresa Pedro de Vega, "No se niega de este modo las facultades soberanas del poder constituyente, que, como poder previo, ilimitado y sin control, en cualquier momento tiene derecho a reformar y cambiar la Constitución. Lo que en realidad se consagra en este artículo es una separación fundamental (...) en el ejercicio de la facultad constituyente. Puede, en efecto, concebirse la actividad constituyente como una actividad libre y soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimientos jurídicos. Pero puede también entenderse como actividad reglada por la propia Constitución. El poder constituyente que es libre y soberano, decide, en este caso, como diría Frochot, estatuir su propia limitación" (Pedro de Vega, La reforma de la constitución y la problemática del poder constituyente, citado, Pág. 64).

104. Pero no es lo mismo hablar de la constitucionalización de la función constituyente, prevista en el artículo 32° de la Constitución de 1993, a que se haya constitucionalizado el poder constituyente. La primera alude a una capacidad, la de reformar totalmente la Constitución o, lo que es lo mismo, la autorización de instaurar un nuevo orden constitucional. La segunda, en cambio, al sujeto u al

órgano titular de esa función, esto es, al Poder que está autorizado a llevarla a cabo [Néstor Pedro Sagués, Teoría de la Constitución, Editorial Astrea, Buenos Aires 2001, Pág. 284 y ss].

105. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si la elaboración de una Constitución es posible, el problema se traslada a dilucidar quién debe efectuarla: ¿el Congreso de la República? O, acaso, ¿una Asamblea Constituyente expresamente convocada para tal efecto? (OTRA PREGUNTA CLAVE)

106. Como antes se ha expresado, el artículo 32°, inciso 1), de la Constitución, ha constitucionalizado la función constituyente, al señalar que puede practicarse una reforma total de la Constitución, pero no ha previsto quién la pueda ejercer. Y no podía ser, en verdad, de otro modo, pues si se hubiese previsto que uno de los órganos constituidos llevase adelante tal función constituyente, ello no podría entenderse de otra manera que la constitucionalización del ejercicio de una competencia jurídica y, por lo mismo, reglada, vinculada y, por lo tanto, limitada.

107. Por ello, el Tribunal Constitucional considera, como lo ha expuesto el demandante, que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, per se, no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante.(OJO)

108. El Congreso de la República, como se ha expuesto, es uno de los órganos que puede efectuar la reforma parcial de la Constitución, y tal competencia está regulada en el artículo 206° de la Carta. Evidentemente, la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales).

109. Ahora bien, una cosa es que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, no pueda ejercer la función constituyente y, por lo tanto, se encuentre impedido de aprobar per se una Constitución, sustituyendo a la que le atribuye sus propias competencias; y otra cosa muy distinta es que, en cuanto órgano de representación de la voluntad general, pueda proponer un "proyecto" de Constitución, para que sea el Poder Constituyente quien decida, en cuanto fuente originaria del poder, si la acepta o rechaza.

110. El demandante sostiene que la aprobación de una Constitución sólo puede efectuarse si ésta es realizada directamente por una Asamblea Constituyente para, posteriormente, someter su aprobación a un referéndum. El Tribunal Constitucional entiende que tal forma de

ver las cosas soslaya que el Poder Constituyente no sólo puede expresarse mediante una Asamblea Constituyente, esto es, a través de un órgano de representación, como lo propusiera el Abate Sieyès, sino también en forma directa.

111. Cuando se decide instaurar un nuevo orden constitucional con el concurso de una Asamblea Constituyente, pero se condiciona la aprobación de la nueva Constitución a que ésta sea ratificada mediante referéndum; en realidad, en tal caso, la Asamblea Constituyente, más allá de su nombre, si bien ejerce la función no tiene la potestas de decisión del Poder Constituyente, pues ésta es mantenida por el Pueblo, quien tiene la capacidad soberana de aceptar o desestimar la obra de sus representantes.

112. En cambio no sucede lo mismo si el Pueblo encomienda la elaboración y aprobación de un distinto ordenamiento constitucional, en exclusiva, a la Asamblea Constituyente, pues en este caso, este órgano ad hoc es la expresión del auténtico Poder Constituyente Originario, ya que el contenido de su obra sólo depende de sí mismo.

113. Sin embargo, si bien la decisión de instaurar un distinto orden constitucional puede realizarse a través de aquellos mecanismos (esto es, mediante una Asamblea Constituyente soberana, o con la instalación de una Asamblea Constituyente, pero condicionando su obra a la aprobación del Poder Constituyente), no impide que, en un ordenamiento como el nuestro, donde se ha constitucionalizado la función constituyente, el proyecto de una Constitución pueda ser elaborado por el Congreso de la República, para posteriormente someterlo a la decisión del soberano, a través del referéndum.

114. En tal supuesto, no es que el Congreso de la República asuma la condición de un poder constituyente ni tampoco que el proceso de elaboración de una Constitución distinta pueda considerarse ejercicio de una función constituyente, ya que la decisión de aprobarla o no, NO depende de él, quien únicamente se limita a proponer un proyecto de Constitución, sino del mismo Poder Soberano.

115. De allí que la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso.

Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente. Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que

no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración.

Detrás de esta afirmación está implícita la distinción entre pueblo como poder constituido y el pueblo en cuanto titular del Poder Constituyente.

116. El Pueblo como legitimador de los poderes constituidos se expresa por ejemplo cada vez que elige periódicamente a sus representantes ante los diversos órganos públicos o cuando se le somete a su consulta la aprobación de determinadas leyes o reformas parciales de la Constitución.

Como señala el artículo 1° de la Ley de Participación y Control Ciudadanos, el ejercicio de los derechos de participación y control ciudadanos, que incluye los de iniciativa de reforma parcial, se realiza de "conformidad con la Constitución".

En efecto, el pueblo actúa en calidad de poder constituido, pues si actuara como poder constituyente, no podría ser objeto de limitaciones jurídicas más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse. Como señala Alessandro Pace ["Muerte de una Constitución", en Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid 1999] "la autorizada afirmación, conforme a la cual 'en el Estado Constitucional no hay soberano', significa, precisamente, que la soberanía jurídica no corresponde en el Estado constitucional a ningún sujeto u órgano, sino que se encuentra dividida y distribuida en forma de funciones públicas y de derechos funcionales, todos ellos intrínsecamente limitados".

117. Aunque no con la claridad que se hubiese deseado, fue eso lo que se pensó durante los debates en el Congreso Constituyente Democrático. Allí, en efecto, al analizarse la introducción de los mecanismos de democracia directa y, entre ellas la del referéndum, se concordó (tácitamente) en la absoluta necesidad de que en el supuesto de reforma total de la Constitución, tuviera que participar el pueblo directamente. Ello, en atención a la trascendencia que tiene el acto de instaurar un nuevo orden constitucional [Congreso Constituyente Democrático, Diario de los Debates del Congreso Constituyente Democrático. Pleno de 1993, T. 3, Lima 1993, pág. 2010-2020].

118. Como sostiene Manuel Aragón, aplicable, mutatis mutandis, para explicar el caso peruano, allí "se ha positivizado, en realidad, al poder constituyente. Justamente por ello, la declaración de que la soberanía nacional 'reside en el pueblo' ("El poder del Estado emana del pueblo", artículo 45° de la Constitución) es una prescripción jurídica y no un enunciado meramente político o la descripción de lo que fue (el poder constituyente) en el momento de emanación de la Constitución, pero que nunca ya será a partir de la entrada en vigor del texto constitucional.

Gracias a esa ausencia de límites materiales (explícitos e implícitos) nuestro ordenamiento asegura al pueblo..., en cada momento, su capacidad de autodeterminarse, impidiendo que las generaciones del futuro queden sometidas a la voluntad de las generaciones del presente o, dicho de otra manera, asegurando a esas generaciones del futuro, si quisiesen apartarse de lo impuesto por la generación del presente, que pueden hacerlo mediante el Derecho y no condenándolas a tener que hacerlo mediante la fuerza.

En resumen, pues, podría decirse que el artículo 32°, inciso 1) en la parte que autoriza la reforma total de la Constitución "positiviza el derecho a la revolución, es decir, facilita las vías jurídicas (pacíficas) para el cambio político (por muy radical que éste fuere)..." (Manuel Aragón, "Reforma constitucional (D.º Constitucional)", en Enciclopedia Jurídica Básica, citado, pág. 5656).

119. Lo expuesto, no implica que al aprobarse por el Congreso un proyecto de Constitución, tal aprobación se realice sin observarse las reglas o las del Reglamento del Congreso, pues sucede que, en su condición de poder constituido, toda su actividad, incluso cuando elabora simples proyectos, debe realizarse conforme al ordenamiento jurídico.

120. El Tribunal considera constitucional que la propuesta del Congreso de la República se venga aprobando con las exigencias agravadas que prevé el artículo 206° de la Constitución, esto es, con el voto conforme de más de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; pues, una cosa es que el procedimiento de reforma total de la Constitución no lo pueda aprobar el Congreso de la República, y otra, muy distinta, es que al elaborarse un Proyecto de nueva Constitución, este no se realice conforme a las reglas constitucionales y reglamentarias que regulan su actuación.

Y es que para que dicho proyecto sea una obra del Congreso como órgano, y no de una facción o parte de él, es preciso que se tenga que observar el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución.

IX. EL PRETEXTO DE LA REFORMA COMO MEDIO PARA ELABORAR UNA NUEVA CONSTITUCIÓN (Cuarto fundamento del petitorio)

121. Sobre esta materia ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado implícitamente en el desarrollo del punto anterior. No obstante, es necesario agregar algunas consideraciones adicionales. En particular, los alcances de ciertos términos empleados en la ley impugnada, en la demanda, en su contestación y en la Audiencia Pública, como son los de "reforma total", "reforma parcial", "Constitución nueva" y "sustitución de la Constitución". Para tal efecto,

el Tribunal Constitucional apela a una metodología estipulativa para precisar el contenido y alcances de dichos términos.

122. En cuanto a la reforma total o parcial, a juicio del Tribunal Constitucional, el factor numérico de los artículos constitucionales no es necesariamente el factor determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total. Tampoco lo es el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual. Por ende, ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el contenido del texto propuesto: si se varía en este nuevo texto lo que en doctrina se llama "núcleo duro" de la Constitución (o la Constitución histórica, como se refiere a él la ley impugnada) será una reforma total, aunque no se modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente.

123. En consecuencia, cuando el Tribunal alude a una reforma total, ésta será aquella que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993. En cambio, cuando se refiera a una reforma parcial, ésta será aquélla que no modifica tales principios y fundamentos.

124. Más problemático es el término "Constitución nueva", pues, por "nueva" puede interpretarse "la última Constitución en el tiempo", con independencia de si se han cambiado o no, en ella, los principios fundamentales plasmados en la anterior. También puede interpretarse que la "nueva" debe ser, por definición, distinta en su contenido esencial a la antigua, es decir, si por Constitución nueva se entiende esto último, estaríamos en igual premisa que con el término "reforma total"; y si por Constitución nueva entendemos sólo la que es posterior a otra en el tiempo, no se trataría necesariamente □ aunque podría serlo- una reforma total de la Constitución vigente.

125. Al respecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "nuevo" significa "recién hecho", y también "repetido o reiterado para renovarlo", "distinto a lo anterior", "que se añadía algo que había antes", por lo que debemos concluir que la palabra "nuevo" es algo concurrentemente "distinto y posterior" en el tiempo, pero que, empero, presupone algo que anteriormente estuvo vigente.

Pero ¿qué tan distinto? No puede ser "otra" Constitución completamente diferente, pues ya no sería "nueva", ya que este calificativo presupone una anterior. Por consiguiente, debe concluirse que Constitución nueva quiere decir una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en la anterior.

126. En cuanto a la expresión "sustitución" de una Constitución por otra, el Tribunal Constitucional interpreta que es el cambio total de un

texto por otro. En consecuencia, el término se asimila a una Constitución que rompe con el contenido de sus predecesoras.

127. Aclarados los significados de estos términos y volviendo al texto del art. 2° de la Ley N.° 27600, vemos que éste dispone, por un lado, la "reforma total" de la Constitución □vale decir, su sustitución in integrum, incluyendo su núcleo duro- y por el otro, ordena tomar en cuenta la Constitución histórica y la Constitución de 1979.

128. Esta aparente incongruencia sólo puede explicarse como que el legislador entendió "reforma total" como sinónimo de Constitución "nueva", a saber, permitió el inicio de un proceso de reforma parcial de la Constitución □parcial porque respeta su Constitución histórica- que culminaría, previa aprobación por el Congreso en un necesario e inexorable referéndum, en una Constitución "nueva".

129. El demandante parece estar de acuerdo con esa intención, aunque no con la expresión escrita de ella, que se presta a confusiones. En efecto, este acepta que el Congreso de la República tiene facultades, según el artículo 206° de la Constitución, para reformarla "parcialmente", pero no para sustituirla por otra completamente distinta, criterio que el Tribunal Constitucional comparte. El demandado, por otro lado, coincide en que se realizará una reforma parcial de la Constitución, en el sentido que no se modificará la Constitución histórica, tal como lo expresaron en la Audiencia Pública.

130. El Tribunal Constitucional es sensible al clamor de la población por desvincularse de la Constitución de 1993 debido a su origen espúreo, que ofende a todos los peruanos. Por ende, comprende que el Congreso, con la ley impugnada, recoge ese clamor y trata de iniciar el proceso de apartamiento de la actual Carta Política, por lo que incluyó en la ley el término "reforma total" de la Constitución de 1993. (esto es cierto???)

131. El Congreso de la República, en este caso, debe cumplir con el artículo 2° de la Ley N.° 27600, es decir, el Proyecto a aprobarse deberá de basarse en la Constitución histórica del país y, por consiguiente, implícitamente restablecer los principios y valores de la Constitución de 1979. Dicho proceso debe culminar con el referéndum ciudadano, que apruebe o rechace el proyecto de nueva Constitución.

X. EL INFORME DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y LOS ALCANCES DE LA LEY N.° 27600

132. Es pertinente advertir que el Congreso de la República, al dictar la Ley N.° 27600, recogió la segunda opción que planteara el Informe de la

Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú.

En efecto, el gobierno transitorio, presidido por el doctor Valentín Paniagua Corazao, creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, mediante el Decreto Supremo N.º 018-2001-JUS; y designó a sus integrantes mediante Resolución Suprema N.º 232-2001-JUS, de 31 de mayo de 2001. La mencionada Comisión fue instalada el 7 de junio de 2001 y designó como Presidente y Vice-Presidente, respectivamente, a los doctores Diego García Sayán, Ministro de Justicia, y Domingo García Belaunde. Esta cumplió con presentar su propuesta el 15 de julio del mismo año, después de ser largamente debatida y aprobada por los siguientes juristas: Javier de Belaunde López de Romaña, Samuel Abad Yupanqui, Alberto Borea Odría, Francisco Eguiguren Praeli, Javier Alva Orlandini, Jorge Danós Ordoñez, Jorge Avendaño Valdez, Martín Belaunde Moreyra, Enrique Bernalles Ballesteros, Carlos Blancas Bustamante, Ernesto Blume Fortini, Roger Cáceres Velásquez, Ernesto de la Jara Basombrio, Patricia Donayre Pasquel, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Carlos Fernández Sessarego, Raúl Ferrero Costa, Magdiel Gonzáles Ojeda, Baldo Kresalja Rosselló, César Landa Arroyo, Beatriz Merino Lucero, Sigisfredo Orbegoso Venegas, Víctor Ortecho Villena, Jorge Santistevan de Noriega, César Valega García, Armando Zolezzi Möller, Juan Federico Jiménez Mayor, Viceministro de Justicia y Secretario Técnico de la Comisión.

133. Efectivamente, según la referida Comisión, el procedimiento para la reforma constitucional, consistente en dar una nueva Constitución, incluyó la posibilidad de usar cualquiera de las tres alternativas siguientes:

1. PRIMERA ALTERNATIVA

a) Lo primero que debe aceptar el Congreso de la República, de ser posible en el mismo mes de agosto del año en curso, es declarar la nulidad de la Constitución de 1993, y declarar la vigencia de la Carta de 1979. Los argumentos que sustentan esta medida son los siguientes:

- El artículo 307º de la Constitución de 1979, en cuanto estipula que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible.
- El que la Constitución de 1993 fue aprobada por un Congreso Constituyente Democrático, fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores lo han confirmado.
- Adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate controlado y no libre, y ratificada por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados, y con un propósito fraudulento.

- La Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que fueron incorporados y, adicionalmente, ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de derechos humanos, perdiendo así cualquier legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener. Si bien no tuvo legitimidad de origen, bien pudo tener legitimidad de ejercicio de la que también careció.

b) Sin embargo, en el mismo acto deben declararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechas bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc., con independencia de su revisión futura, en los casos que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes, así lo configuren y posibiliten. Expresamente debe señalarse entre otros puntos que:

- Se reconoce los efectos de las elecciones del año 2001.
- Se reconocen los derechos humanos aprobados por los tratados internacionales de la materia y ratificados por el Perú.
- Se deja en suspenso la parte relativa a los aspectos laborales, de la seguridad social, salud y bienestar, y régimen agrario.
- La institución de la Defensoría del Pueblo debe mantenerse como tal, con sus atribuciones.
- El actual Congreso de la República pasa a llamarse Cámara de Diputados.
- Se deja a salvo el proceso de ratificaciones judiciales que viene realizando el Consejo Nacional de la Magistratura.
- Debe mantenerse el nombre de Tribunal Constitucional, con sus miembros y competencias actuales, hasta que sea renovado totalmente.
- Se convoca a elecciones para una Asamblea Constituyente de 80 miembros, para que en el plazo de seis meses introduzca en la Constitución de 1979, los cambios que corresponda. Al término de su mandato, de los 80 constituyentes, los 50 más votados -y que cumplan los requisitos- pasarán a formar el Senado, y los 30 restantes se incorporarán a la Cámara de Diputados, que de esta manera tendrá un total de 150 miembros.
- Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido es el RENIEC. Ambos dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes.
- Los cambios efectuados son sancionados por un referéndum posterior.

2. SEGUNDA ALTERNATIVA

Utilizar los mecanismos que la actual Constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una y ulterior ratificación en referéndum.
- b) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización de la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes.

3. TERCERA ALTERNATIVA

a) Aprobar una ley de referéndum, para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.

b) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello."
(Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, Ministerio de Justicia, Lima 2001, pág. 101-103).

134. En conclusión, y conforme a los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional considera que no está prohibido a las Comisiones del Congreso presentar proyectos de ley; que el retiro de la firma de Alberto Fujimori en el documento de promulgación es legítimo, pues no despromulga la Constitución de 1993; que el texto resultante, una vez aprobado por el Congreso y aceptado mediante referéndum, será una Constitución nueva, conforme al sentido estipulado en el fundamento N°. 125, la que debe recoger la Constitución histórica de la República y los principios y valores establecidos en la Constitución de 1979; por lo que la pretensión debe desestimarse.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica

FALLA

DECLARANDO INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27600. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MANUEL AGUIRRE ROCA

Disiento de la presente sentencia -con el debido y recíproco respeto por las opiniones de mis honorables colegas- porque considero fundada la demanda en sus dos principales petitorios, vale decir, que estimo que el objetivo que la ley impugnada persigue (abrogar la Constitución del 93- y reemplazarla por una nueva), no puede lograrse mediante el procedimiento que ella misma autoriza, esto es, que al otorgar, dicha ley (N.º 27600), facultades al Congreso para a) abrogar la Constitución vigente; y b) reemplazarla por otra, cuyo texto sería elaborado y aprobado por él mismo, y no por un órgano ad hoc con facultades constituyentes recibidas expresamente del pueblo, desconoce los límites de las facultades de reforma que la Constitución vigente le otorga, esto es, los límites de las que recibe del artículo 206 de la misma, pues tal es la fuente de tales atribuciones reformadoras.

La inconstitucionalidad incurrida radica, pues, tanto en el propósito de otorgar al Congreso facultades para abrogar la Constitución vigente, que resultan reñidas con los procedimientos de reforma que ella regula, y que sólo permiten conseguir objetivos más modestos (introducción de "reformas" en la Constitución vigente), e insusceptibles de alcanzar semejante resultado; cuanto en el paralelo, y no menos traumático propósito de generar, por el mismo sencillo mecanismo del artículo 206º, el nacimiento de una nueva Constitución.

En efecto, el artículo 206º de la Constitución sólo permite reformas constitucionales que no exijan la participación ni la aprobación del pueblo, esto es, del depositario y titular de la soberanía y del poder constituyente originario. La simple lectura de dicho numeral pone de manifiesto que las reformas que, según el sistema allí regulado, pueden introducirse, no requieren otra cosa que la voluntad exclusiva del Congreso, puesto que, mediando un determinado respaldo (dos legislaturas ordinarias sucesivas y el apoyo de más de los dos tercios del número legal de sus miembros) no es ya necesaria la consulta popular.

Ahora bien, nadie negará que para la abrogación de una Constitución, la aprobación del pueblo es indispensable; y nadie se atreverá a sostener, tampoco, que la elaboración y entrada en vigencia de una nueva Constitución puede lograrse sin la participación, sine qua non, del pueblo, y de su respectiva aprobación final. Y como la sustitución de una Constitución por otra supone ambas cosas: muerte de la primera, y

nacimiento de la segunda, parece axiomático que una tal mutación jurídica no es factible -ni siquiera pensable o imaginable- sin la participación y aprobación del poder constituyente originario.

Es cierto que luego de aprobada la reforma en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con más de 80 votos cada vez, nada impide, según el artículo 206° examinado, que el Congreso someta el texto aprobado a referéndum popular; pero también lo es que nada lo obliga a tal sometimiento. Ahora bien, la opción indicada (someter el texto final, o no, a referéndum) no hace sino subrayar lo ya dicho: que no existe obligación de hacerlo y, en consecuencia, que las reformas autorizadas por el comentado dispositivo no comprenden a las que no pueden introducirse sin la participación y aprobación popular (entre las cuales están, por cierto, la derogación o abrogación de una Constitución; el lanzamiento de una nueva; y, consecuentemente, la operación conjunta de reemplazar a una por otra, pues ello supone ambas cosas: el ocaso de la primera y el amanecer de la segunda).

Sin salir del texto del artículo 206° comentado, se puede corroborar la tesis expuesta glosando su última parte, pues allí se lee que las reformas que, según el procedimiento reglado en él, se decida introducir en la Constitución, se ponen en vigencia mediante la promulgación de la correspondiente ley, cosa que, por cierto, parece impensable respecto tanto de la abrogación de una Constitución vigente, como del alumbramiento de la llamada a reemplazarla. Las constituciones, en efecto, no se abrogan ni promulgan mediante simples leyes, pues éstas, siendo de menor jerarquía, no pueden privar de efectos a aquéllas, ni tampoco extenderles partidas de nacimiento. Las constituciones se ponen en vigencia en forma directa, y no a través de leyes, y es, precisamente, al poner en vigencia a la nueva, como resulta abrogada la vieja. La partida de nacimiento de la nueva, equivale a la de defunción de la anterior.

Concordando con lo expuesto, vale la pena recordar a Carl Schmitt, que, como se sabe, es uno de los constitucionalistas mundialmente más prestigiosos y que con mayor lucidez se han ocupado del tema de las llamadas reformas constitucionales. Carl Schmitt, en efecto, sostiene y demuestra -como tantos otros especialistas en la materia- que las llamadas "reformas constitucionales" no pueden exceder de un límite, pues los cambios -de más o de menos- que por su intermedio se operen, deben respetar la continuidad y la identidad de la Constitución en la cual se introducen. Por eso, el Congreso puede, sin duda, introducir, según el procedimiento del artículo comentado, cambios que no impliquen la muerte de una Constitución ni el nacimiento de otra. Puede pues, el Congreso, según, por lo demás, ya lo ha hecho, redactar textos, aprobarlos y ponerlos en vigencia en la actual Constitución, siempre que se respete la identidad de la misma (esto es, su partida de nacimiento y su fuente jurisdiccional) y su continuidad (esto es, su imperio temporal ininterrumpido), pero nada más. Si se trata de

elaborar el texto para una nueva Constitución, y no sólo uno destinado a insertarse en una ya existente, la voz cantante la tiene el poder constituyente originario, esto es, el pueblo, y no el Congreso.

Se comprende, pues, que un buen número de muy distinguidos y sobresalientes constitucionalistas, de comentaristas versados en la materia, y especialmente, de ilustres Colegios de Abogados de toda la República (parece que todos, o casi todos), incluyendo al que oficia de demandante en estos autos y al de Lima, hayan hecho conocer su opinión en el sentido expuesto: el Congreso, según el artículo 206° comentado, tiene atribuciones para introducir cambios en la Constitución vigente, y para preparar, redactar y aprobar, en última instancia, los textos correspondientes; pero si se trata de preparar una nueva Constitución, el Congreso no tiene las facultades necesarias para elaborar y aprobar los textos respectivos. Quien las tiene, en tal caso, es el pueblo, el mismo que puede -y suele- ejercerlas a través del órgano constituyente ad hoc que él mismo, en tal circunstancia -esto es, si desea una nueva Constitución, y no sólo la vigente reformada- tendría que designar.

A este órgano ad hoc suele denominársele "Asamblea Constituyente", aunque puede dársele otro nombre, si bien su función será siempre la misma: preparar, debidamente investido por el pueblo, los textos de la futura Constitución, los cuales, a su turno, una vez listo el proyecto final, habrán de someterse a conocimiento y aprobación del pueblo mismo.

Conviene agregar, como complemento de un punto ya esbozado, que la parte de la ley impugnada que dispone que los textos elaborados y aprobados por el Congreso, ya organizados en forma de nueva Constitución, sean sometidos a la aprobación del pueblo, vía referéndum, pone de manifiesto que el Congreso ha advertido que el procedimiento reglado por el comentado artículo 206°, no le permite la elaboración del proyecto final de una nueva Constitución, pues, según ya se ha indicado, tal artículo no exige la consulta popular. Dicho de otro modo, para lograr dar cima a su propósito (preparar por sí y ante sí -sin perjuicio de la colaboración externa que pueda solicitar- el texto de una nueva Constitución), el Congreso ha creado un procedimiento no previsto en la Constitución, es decir, que ha agregado al procedimiento del artículo 206°, la obligación de someter el texto final a referéndum; o, si se prefiere, lo hecho equivale a la modificación, mediante simple ley (la 27600), del artículo 206° tantas veces citado; cosa que, como se sabe, no es posible y tampoco constitucional. Lo dicho significa que por el simple hecho de someter a referéndum su propuesta de reforma, el Congreso no puede adquirir, ni ha adquirido, la potestad de elaborar y aprobar, por sí y ante sí, el texto de la nueva Constitución proyectada, materia del referéndum.

Debe destacarse, en este contexto, que la decisión de someter el texto final elaborado y aprobado por el Congreso a un referéndum, no obstante que el artículo 206° de la Constitución no lo exige, es un paso positivo que pone de manifiesto la buena fe y la seriedad con que viene actuando el Congreso. El mismo propósito encomiable se refleja en el artículo 3° de la Ley impugnada (27600) que tiene el siguiente tenor:

"El proceso de reforma se llevará a cabo promoviendo el más amplio debate nacional, mediante la permanente realización de eventos académicos como fórums, conversatorios, entre otros actos que tiendan a la difusión y discusión de las propuestas para el cambio constitucional".

Sin embargo, el hecho de someter a referéndum el proyecto final elaborado y aprobado por el Congreso, no es suficiente, según lo expuesto, para otorgarle las atribuciones que el artículo 206° no le otorga -y, antes bien, contrario sensu, le deniega- esto es, las de someter a referéndum un texto final elaborado y aprobado, en última instancia, por él mismo, como proyecto final de una nueva Constitución.

Respecto de los otros dos petitorios -a mi juicio de menor importancia, si no, en último análisis, inclusive ajenos al problema central planteado en la demanda de autos- que se relacionan, el primero, con el retiro de la firma del Ing. Fujimori del texto de la Constitución del 93-; y, el otro, con la votación que aprobó la ley impugnada (sólo 53 votos), mis conclusiones concuerdan con las que obran en la presente sentencia, aunque los fundamentos no siempre resulten compartidos, toda vez que, a mi juicio, el retiro de la firma susodicha, visto el texto de la Ley 27600 -que precisa que ello no priva de vigencia a la Constitución del 93-- es un acto de naturaleza sólo material y que, así entendido y por ello mismo, no puede trascender al plano jurídico correspondiente, esto es, al ámbito de la validez y de la vigencia de la Constitución del 93-, ni más ni menos que tampoco podría hacerlo, salvando alguna pequeña distancia, la eliminación, p.ej., de alguna mancha de tinta filtrada en el mismo documento. La validez de la Constitución vigente, según su propio tenor, depende -y dependió siempre, ab initio- de sólo dos actos (ellos sí de naturaleza jurisdiccional) sucesivos y complementarios, a saber: la aprobación otorgada, primero, por el Congreso Constituyente Democrático, y la aprobación subsiguiente, sancionada por el pueblo, a través del referéndum. Así resulta del texto, claro y preciso, de la Decimocuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, cuyo tenor es el siguiente:

"Decimocuarta.- La presente Constitución, una vez aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado de referéndum regulado mediante ley constitucional".

A la vista de lo expuesto, la participación del Ing. AFF no era necesaria ni para la validez ni para la vigencia de la Constitución, de modo que el retiro de su firma tampoco puede afectar ni lo uno ni lo otro, pues lo que la firma no dio, su retiro no puede quitar.

Corolario de lo dicho es que el retiro de la firma no produce el efecto de "despromulgar" -y menos de invalidar- la Constitución del 93-.

Entrando en el último petitorio, el relativo a la tesis de que la Ley (N.º 27600) impugnada es inconstitucional por la forma, por haberse aprobado sólo con 53 votos a favor, debo confesar, con el mayor respeto por el ilustre demandante, que no le encuentro fundamento atendible. En mi criterio, dada su naturaleza, la Ley 27600 no está comprendida en el artículo 106º de la Constitución, ni en sus reglas concordantes. El problema consiste, en este caso, en una operación lógica de encaje o simple subsunción de un objeto en una clase, o, si se prefiere, concretamente, de determinar si un individuo dado pertenece a una especie dada. Y, lo confieso, no encuentro razones que lleven a considerar que la Ley 27600 pertenece, como objeto o individuo, a la clase definida en el precitado artículo 106º de la Constitución -esto es, a la familia de las leyes orgánicas- puesto que, en efecto, mediante ella no se regula -ni se pretende hacerlo- el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, sino sólo promover la elaboración de proyectos de reforma constitucional, los mismos que, por lo demás, pueden ser preparados y presentados, por iniciativa propia, por cualquier congresista, y en ausencia de autorizaciones otorgadas por leyes especiales.

Unas precisiones antes de terminar

He querido mantenerme al margen de toda consideración de tipo político, porque ellas suelen nublar el criterio técnico-jurisdiccional, de modo que en ningún momento, a lo largo de la emisión de este voto, me he detenido a pensar sobre si "conviene", o no, derogar la Constitución del 93-, ni sobre si "conviene" reemplazarla, ya sea por la del 79- o por alguna otra, incluyendo a la proyectada por el Congreso.

Tampoco he querido adornar esta opinión con citas doctrinarias, jurisprudenciales o de derecho comparado, por temor a que ellas pudieran difuminar u oscurecer los perfiles estrictamente lógico-jurídicos de la misma. Además, las citas eruditas, que abundan tanto en la demanda de autos como en su contestación y en la extensa y excelentemente documentada sentencia de este Tribunal (con la que, según he manifestado líneas arriba, en parte concuerdo, pero en parte discrepo) hacen innecesaria mi incursión en tales ámbitos, pues cuanto en ellas se expresa lleva, a mi juicio, a la conclusión de que una cosa es "reformular" una Constitución, y otra, muy distinta, "sustituirla" por una nueva, tal como lo vengo sosteniendo en este voto singular.

Finalmente, porque considero un deber -en asunto tan delicado- el evitar interpretaciones inexactas, me complace declarar que estimo que el intenso trabajo de estudio constitucional que, con el serio propósito de enriquecer y elevar el nivel de nuestra Carta Magna, viene realizando el Congreso, es ciertamente meritorio y útil, y que, por lo demás, tal esfuerzo sí puede desembocar, por medio del procedimiento del comentado artículo 206°, en la introducción de las respectivas reformas en la Constitución vigente. Lo que no puede el Congreso, según aquí lo he expresado, es convertir sus proyectadas reformas, por inspiradas y lúcidas que sean, en el texto de una nueva Constitución, mediante el sólo sometimiento de ellas a un único y definitivo referéndum. El proyecto de una nueva Constitución debe ser elaborado -si se quiere una nueva Constitución- por un órgano ad hoc designado por el pueblo, y no, por sí y ante sí, por el Congreso, pues éste sólo tiene -según la tesis aquí sostenida- facultades para elaborar y aprobar proyectos finales de reformas constitucionales de la Constitución vigente.

SR.
AGUIRRE ROCA

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Menú

[Inicio](#)
[Consejo redactor](#)
[Equipo de trabajo](#)
[Números Publicados](#)
[Base Documental](#)
[Suscríbete](#)
[Revista 1 - AJ Portugal](#)

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

PORTUGAL

Sentencia del Tribunal Constitucional 4/03 - Orçamento

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional 5/03 - Partido político

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional 81/03 - Regiões autónomas

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional 131/03 - Domínio público

[Ver la sentencia](#)

Sentencia del Tribunal Constitucional 198/03 - Impostos

[Ver la sentencia](#)
[\[Volver\]](#)


© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

© 2011 Revista del Foro Constitucional Iberoamericano
Journal is Free Software released under the GNU/GPL License.

Foro Constitucional Iberoamericano

Tribunal Constitucional ACÓRDÃO N.º 4/2003 Processo n.º 437/02

Plenário

Relator: Cons. Benjamim Rodrigues

A - O relatório

REQUERENTES E OBJECTO DO PROCESSO.

1.1. Um Grupo de 25 deputados do Partido Socialista requereu a declaração abstracta sucessiva de constitucionalidade das normas constantes dos artigos 4º, 7º e 9º da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio (primeira alteração à Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro que aprova o Orçamento do Estado para 2002).

1.2 Estes preceitos são do seguinte teor:

Artigo 4º

Cláusula de estabilidade orçamental

1 - Sem prejuízo do disposto no art.º 2º da Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro, ficam cativos 387 431 054 euros das dotações inscritas no capítulo 50 do Orçamento do Estado em financiamento nacional, a repartir por ministério, mediante despacho do Ministro das Finanças.

2- A desactivação de verbas incluídas no montante referido no número anterior só poderá fazer-se por razões excepcionais, designadamente para fazer face ao pagamento de despesas dos anos anteriores, estando sempre sujeita à autorização do Governo, através do Ministro das Finanças, que decidirá os montantes a descativar em função da evolução da execução orçamental.

Artigo 7º

Endividamento municipal em 2002

1 - Por forma a garantir o cumprimento dos objectivos do Governo em matéria do défice público para o conjunto do sector público administrativo, no qual se integram as autarquias locais, deverão os municípios, excepcionalmente, observar as seguintes regras:

Não poderão ser contraídos quaisquer empréstimos que impliquem o aumento do seu endividamento líquido no decurso do ano orçamental, a partir da entrada em vigor da presente lei;

O disposto na alínea anterior aplica-se igualmente às empresas municipais;

Ficam excepcionadas das alíneas anteriores os empréstimos destinados a programas de habitação social promovidos pelos municípios, à construção e reabilitação das

infra-estruturas no âmbito do EURO 2004 e ao financiamento de projectos com comparticipação de fundos comunitários, devendo, no entanto, ser utilizados prioritariamente os recursos financeiros próprios para esse efeito.

2 - Caso não seja cumprido o disposto no número anterior, poderá o Governo determinar a redução, em proporção do incumprimento verificado, das transferências a efectuar, nos termos da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto, após audição do respectivo município.

Artigo 9º

Colocação de funcionários e agentes pertencentes a serviços e organismos que sejam objecto de extinção, fusão ou reestruturação

1- Fica o Governo autorizado a rever o Decreto-Lei n.º 353/99, de 13 de Dezembro, respeitante ao regime de colocação de funcionários e agentes pertencentes a serviços e organismos que sejam objecto de extinção, fusão ou reestruturação, no sentido de flexibilizar a reafecção de pessoal cuja colocação não seja directamente determinada pelos diplomas legais que procedam à extinção, fusão ou reestruturação desses serviços e organismos.

2- Com esse objecto e sentido a legislação a adoptar pode estabelecer:

A plena produção de efeitos das alterações orgânicas independentemente do desenvolvimento do processo de reafecção do pessoal;

A possibilidade de os diplomas legais que extingam, fundam ou reestrem serviços ou organismos definirem critérios de colocação de pessoal a transferir para os serviços que absorvam total ou parcialmente as atribuições e competências dos serviços abrangidos, com respeito pelos princípios da transparência, equidade e prevalência do interesse público;

A criação, junto da secretaria geral de cada ministério de um quadro de supranumerários que integre o pessoal que não haja sido directamente colocado nos novos serviços;

A definição de mecanismos e procedimentos tendentes à reafecção célere a outros serviços ou organismos do pessoal integrado nos quadros supranumerários;

A definição de mecanismos de flexibilização dos regimes de reclassificação e reconversão profissional aplicáveis ao pessoal integrado nos serviços em processo de extinção, fusão ou reestruturação, tendo em vista assegurar o melhor aproveitamento do pessoal e alargar o espectro de saídas profissionais;

O estabelecimento de mecanismos que permitam à Direcção-Geral da Administração Pública constituir-se como interlocutor na política activa de emprego, com base na mobilidade de pessoal;

O regime de penalização aplicável aos serviços que recusem, injustificadamente, a colocação de pessoal nos quadros de supranumerários;

A definição dos direitos e deveres do pessoal integrado nos quadros de supranumerários, designadamente a possibilidade de redução progressiva do vencimento de exercício, a graduar em função do período de inactividade, ou de passagem à situação de licença sem vencimento de longa duração, no caso de recusa injustificada da colocação oferecida;

A possibilidade de opção por mecanismos excepcionais de descongestionamento voluntário a definir, aplicáveis ao pessoal integrado nos quadros supranumerários;

A possibilidade de transferir dos orçamentos e serviços a extinguir, fundir ou reestruturar para as secretarias-gerais, e destas para os serviços onde os funcionários sejam colocados, as verbas afectas aos encargos com o pessoal a reafectar.

FUNDAMENTOS DO PEDIDO

Como fundamentos do seu pedido pretextaram o seguinte:

«1. O art.º 4º da Lei n.º 16º-A/2002, de 31 de Maio procede a uma cativação de 387 431 054 euros do Capítulo 50 do Orçamento do Estado, a repartir por Ministérios, mediante despacho do Ministro das Finanças. A fórmula usada afigura-se desconforme à Constituição, desde logo porque não é compatível com o disposto no n.º 1, alínea a) e no n.º 3 do art.º 105º da Lei Fundamental, os quais exigem discriminação e especificação das despesas e contraria o preceituado no art.º 105, n.º 4 da Constituição.

2. O artigo 7º da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio é merecedor de um juízo similar de inconstitucionalidade. O preceito do n.º 2 do art.º 7º da Lei que altera o Orçamento de Estado para 2002 determina que "caso não seja cumprido o disposto no número anterior, poderá o Governo determinar a redução, em proporção do incumprimento observado, das transferências a efectuar, nos termos da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto (...).

Apesar da deficiente técnica legislativa, a norma aprovada pela maioria parlamentar visa conceder ao Governo a possibilidade de usufruir, de imediato, em derrogação da Lei das finanças locais, do poder de sancionar autarquias locais que não cumpram o disposto no orçamento suplementar, aplicando critérios puramente político-administrativos na imposição concreta das sanções, fixados mediante acto administrativo, porventura sem carácter geral e abstracto. São, por esta forma, contrariados três princípios e normas constitucionais:

o princípio da autonomia do poder local (art.º 6º, n.º 1 da CRP);

as normas que estabelecem que o regime das finanças locais é matéria de reserva de lei [art.º 238º, n.º 2 e 165, n.º 1 alínea q)];

e a norma do art.º 112º, n.º 6, que proíbe que qualquer lei possa conferir a actos de outra natureza, nomeadamente actos não legislativos, o poder de modificar, suspender ou revogar qualquer preceito legislativo.

Saliente-se, ainda, que o estabelecimento de uma forma de tutela sancionatória, como a tentada neste artigo, contraria uma das decorrências do princípio da autonomia do poder local que resulta do art.º 242º da Constituição que afasta este tipo de tutela [cfr. neste sentido, por exemplo, Freitas do Amaral; Curso de Direito Administrativo, vol. I, 2ª ed., 1994, pág. 706]

3. O art.º 9º da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio viola o art.º 53º da Constituição, o qual consagra o direito à segurança no emprego, enquanto um direito fundamental, da máxima dignidade. No contexto da Função Pública, esse direito tem uma configuração clara: os seus trabalhadores desfrutam de um vínculo vitalício, que não pode ser desfeito no quadro actual: Esta segurança máxima foi substituída na Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio pela insegurança total para alguns trabalhadores. De facto, e de acordo com as alíneas do n.º 2 do art.º 9º da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio, esses

trabalhadores não só podem ver-se abrangidos por esquemas de reafecção e de flexibilização dos mecanismos de reclassificação e de reconversão, como podem ver o seu vencimento reduzido. Além disso o art.º 9º da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio prevê, inclusive, a possibilidade de alguns trabalhadores serem obrigados a passar à situação de licença sem vencimento de longa duração. Isso tem um significado claro: o trabalhador vê o seu vínculo com a administração suspenso, por um período indeterminado e prolongado no tempo, não recebendo qualquer remuneração e não podendo progredir na carreira. O período de licença não conta, ainda, para efeitos de aposentação. Sem ser um despedimento formal, equivale em muitos dos efeitos a um despedimento tendo, aliás, a característica singular de não proporcionar ao trabalhador o acesso ao subsídio de desemprego, apesar de ser retirado ao trabalhador o direito à remuneração.

O art.º 9º da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio, é ainda inconstitucional uma vez que, contendo uma autorização legislativa, não respeita o art.º 165º, n.º 2 da Constituição, por não definir com suficiente densidade o objecto, o sentido e a extensão dessa autorização. Viola-se, ainda, o direito de negociação e a participação dos trabalhadores, consagrado na Constituição [art.ºs 56º, n.º 2, al. a] e na Lei (n.º 23/98, de 26 de Maio)».

AUDIÇÃO DO ÓRGÃO AUTOR DAS NORMAS

Ouvido o Presidente da Assembleia da República sobre o pedido veio ao processo oferecer o merecimento dos autos e juntar ainda os Diários da Assembleia da República que contêm os trabalhos preparatórios relativos ao diploma em apreciação.

MEMORANDO E DEBATE

Elaborado o memorando a que alude o art.º 63º da Lei Orgânica de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional pelo presidente do Tribunal e entregue o mesmo a todos os juizes foi aquela peça processual sujeita debate, tendo-se aí fixado a orientação do Tribunal. Cumpre assim decidir de harmonia com o que aí se estabeleceu.

B - A fundamentação

Da (in)constitucionalidade do art.º 4º da Lei n.º 16-A/2002

Os requerentes questionam a constitucionalidade desta norma com base no argumento de que ela ofenderá os princípios da especificação e discriminação das despesas, com o que violaria o disposto no art.º 105º n.º 1 al. a), n.º 3 e n.º 5 da Constituição da República Portuguesa. Diversa foi, porém, a conclusão do tribunal.

Não há dúvida que a Constituição da República Portuguesa afirma, de forma clara, no artigo 105º n.ºs 1 al. a), 3 e 4, os princípios da discriminação e da especificação das despesas, conquanto cingindo-a apenas aos planos orgânico e funcional (deixando de fora uma exigência constitucional de uma classificação económica). Segundo ensinou José Joaquim Teixeira Ribeiro (Lições de Finanças Públicas, 5ª ed. refundida e actualizada, 1995, a págs. 84) na classificação orgânica as despesas distribuem-se por Encargos Gerais da Nação, os de cada um dos ministérios; dentro e cada departamento, por organismos (capítulos; dentro de cada capítulo, por serviços (divisões) e eventualmente subdivisões, dentro de cada divisão ou subdivisão, por artigos, números e, porventura, alíneas". Por seu lado, "temos a classificação funcional - a classificação das despesas segundo a natureza das funções exercidas pelo Estado e

que segue o esquema usado pelo Fundo Monetário Internacional". Estamos, de resto, em face de princípios que têm sido assumidos pelas diferentes Leis de Enquadramento Orçamental que se têm sucedido, como aconteceu com a última (Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, alterada posteriormente pela designada Lei de Estabilidade Orçamental n.º 2/2002, de 28 de Agosto). A discriminação das despesas (e das receitas) tende a cumprir uma dupla função, ambas explicitadas no n.º 4 do mesmo art.º 105º: uma é a que o orçamento deve incluir todas as despesas que entrecruzadas com as receitas, igualmente sujeitas a discriminação, revelem o cumprimento do princípio de um orçamento equilibrado e unitário; a outra é a de que, sendo da competência exclusiva da Assembleia a aprovação dessa especificação não possa, em princípio, o Governo na sua execução vir a alterá-la. Fala-se a este propósito num princípio da "inalterabilidade governamental do orçamento" (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da república Portuguesa, 3ª edição, Coimbra, 1993, pág. 469). Mas diz-se em princípio, porque, com um inteiro respeito por tal princípio democrático, o n.º 4 do art.º 105º permite, entre o mais que dele consta, que a lei defina "os critérios que deverão presidir às alterações que durante a execução, poderão ser introduzidas pelo Governo nas rubricas de classificação orgânica no âmbito de cada programa orçamental aprovado pela Assembleia da República, tendo em vista a sua plena realização".

Ora, em nenhuma destas suas densificações sai ofendido o princípio da especificação das despesas. O que resulta do controvertido artigo 4º da Lei n.º 16-A/2002 é tão só uma decisão antecipada da própria Assembleia de não gastar, dentro do montante global aí apontado de 387 431 054 euros, as dotações inscritas no capítulo 50 do Orçamento (rectificado) do Estado em financiamento nacional, a repartir por ministério, mediante despacho do Ministro das Finanças. Deste modo, a cativação representa um simples meio jurídico de reter o nível de despesas abaixo dos montantes discriminados para cada ministério, traduzindo-se num simples meio de execução orçamental adequadamente apto, sob o ponto de vista financeiro, para poder contribuir para a redução do défice. No caso, não se verifica qualquer adulteração da discriminação orgânica que foi aprovada pela Assembleia, dado que a cativação acontece dentro das dotações inscritas no capítulo 50 de cada ministério. A operacionalidade deste meio apenas se poderia traduzir, a manterem-se os fluxos previsionados das receitas e o nível autorizado das restantes despesas a um orçamento superavitário: mas este é sempre um orçamento equilibrado", nas palavras de J. J. Teixeira Ribeiro (Lições de Finanças Públicas, 5ª edição. Coimbra, 1995, págs. 91, nota 2).

Nesta perspectiva não ocorre qualquer paralelismo com as situações que foram equacionadas e resolvidas no sentido da inconstitucionalidade, no primeiro caso por unanimidade, e no segundo por maioria, nos acórdãos deste tribunal n.ºs 144/85 e 267/88.

No aresto apontado em primeiro lugar - e para o que aqui importa relevar - estava-se perante uma norma da Lei do Orçamento para o respectivo ano em que se autorizava o Governo a, na execução do mesmo Orçamento, efectuar transferências, sem qualquer limitação quantitativa, dentro das verbas nele inscritas para "Investimentos do Plano", independentemente dos ministérios e das classificações funcionais das despesas. O Tribunal considerou que esta norma atentava contra a regra da especificação orçamental, e era consequentemente inconstitucional, por o Governo ficar com a possibilidade de, ao longo do ano, modificar como quisesse a distribuição - "a discriminação orgânica e funcional das verbas em causa. Diferentemente se passam as coisas no preceito em apreço, pois aqui mantém-se a especificação orgânica das despesas constantes do capítulo 50 do Orçamento do Estado, antes estabelecida pela Assembleia da República, dispondo-se antecipadamente, já em sede de execução do Orçamento, apenas no sentido de as não gastar, a não nos casos excepcionais constantes do n.º 2 do mesmo artigo.

E no que diz respeito ao Acórdão n.º 267/88 (AcTC, 12º, págs. 293 e ss) em que estava em causa a norma do artigo 19º n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 2/88, de 26 de Janeiro, o Tribunal considerou que, não obstante "a aprovação do Orçamento de Estado não implica necessariamente que os serviços tenham sempre de utilizar os créditos abertos até ao esgotamento, pois que apenas em relação às despesas obrigatórias - decorrentes de leis preexistentes ou de contratos - se verifica o ónus de utilização forçada", tudo se passa de modo diferente no caso da «dotação concorrencial», a que o dito preceito estabelecia. «É que ela - continuou ele a ponderar - opera não apenas ao nível da execução orçamental, mas sim, e desde logo, ao nível da sua previsão. Na verdade, o que há de verdadeiramente novo na dotação negativa é o facto de as despesas previstas não poderem ser efectivamente realizadas pelo valor inscrito, visto que a respectiva soma excede o montante das receitas orçamentadas. A previsão de cada despesa só pode ter aquele valor se deduzido do equivalente à dotação concorrencial. Ou seja: a previsão de despesas não pode ter efectivamente o valor enunciado nos mapas de despesas; a especificação das despesas está sob reserva da dotação concorrencial. Das despesas especificadas há necessariamente uma ou mais que não podem ser realizadas no todo ou em parte, até à concorrência de 33 milhões de contos» (ibidem, págs. 382-383).

Segundo a óptica deste acórdão, a dotação concorrencial, prevista naquele artigo 19º n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 2/88, traduzia-se, ao fim e ao cabo, num instrumento jurídico que, atenta a sua mobilidade orgânica dentro de cujos contornos dogmáticos estava estruturado, já que se estendia, não apenas às verbas para investimentos (entretanto denominados investimentos do PIDDAC), mas também à generalidade das despesas de funcionamento do Estado, tinha como consequência necessária que a previsão de cada despesa apenas pudesse ser considerada, para efeitos de poder ser efectivamente realizada, pelo valor constante da sua previsão deduzido do equivalente à dotação concorrencial que sobre ela poderia vir a recair, em sede de execução do orçamento, e não pelo valor inscrito.

Ora, na previsão normativa aqui sob análise, em nada é alterada a previsão da despesa orgânica previamente estabelecida: o seu valor previsional não é alterado, podendo ser efectivamente realizado pelo valor inscrito, caso seja necessário para acautelar as situações de cumprimento referidas no n.º 2 do art.º 4º. O que a Assembleia da República tomou foi - repete-se - apenas uma decisão antecipada da não gastar as verbas cativadas, a menos que fosse caso das ressalvas contempladas em tal n.º 2.

Da questão da (in)constitucionalidade do art.º 7º, n.º 2 da Lei n.º 16-A/2002

Neste âmbito os requerentes questionam a compatibilidade constitucional do n.º 2 do art.º 7º da Lei n.º 16-A/2002 com os artigos 6º, n.º 1, 112º n.º 6, 165º, n.º 1, alínea q), 238º n.º 2 e 242º da Constituição da República Portuguesa. Mas também sem razão como concluiu este tribunal.

No n.º 1 do referido artigo 7º o legislador orçamental limitou-se a fixar um conjunto de "regras de boa conduta financeira", tidas por ele como necessárias para se garantir "o cumprimento dos objectivos do Governo em matéria de défice público para o conjunto do sector público administrativo no qual se integram as autarquias locais. E fê-lo em termos estritamente precisos e vinculados que nem sequer vêm postos em causa pelos requerentes. A sua dúvida prende-se com os termos em que, está prevista, no n.º 2 do mesmo artigo, a reacção jurídica contra o eventual incumprimento por parte dos municípios dessas regras de boa conduta financeira pré-estabelecidas para o período restante da execução orçamental: "caso não seja cumprido o disposto no número anterior, poderá o Governo determinar a redução, em proporção do incumprimento verificado, das transferências a efectuar, nos termos da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto, após audição do respectivo município".

Tal como a jurisprudência deste tribunal se tem proficientemente pronunciado, o que se proíbe no n.º 6 do art.º 112º da CRP é, seguindo a afirmação constante do Acórdão n.º 586/01 (DR, I, 25/1/2002), somente que a «a lei se "rebaixe", de modo a determinar que a matéria sobre a qual incide possa ser ulteriormente regulada, diferentemente, por um acto normativo de dignidade inferior, como designadamente regulamentos do Executivo». Ora, no caso, o preceito em causa não veio conceder ao Governo a faculdade de alterar ele próprio, por outra via que não a legislativa, o regime estabelecido pela lei quanto ao montante das transferências a efectuar anualmente do Orçamento do Estado para os municípios, ora constante da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto. O que o preceito instituiu e concedeu ao Governo foi uma simples faculdade, que nem sequer se poderá ter por totalmente sinónima da atribuição de qualquer discricionariedade administrativa, para, verificados certos pressupostos rigorosamente predefinidos, reduzir, na circunstância concreta, e cumpridos certos deveres procedimentais - dever de audição do município - e princípios substanciais, como o da proporcionalidade, este abertamente referido ("em proporção do incumprimento verificado"), o montante das transferências a efectuar nos termos da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto, em vigor. E diz-se que o preceito em causa confere um simples faculdade, porque nada nele aponta para a conformação desse poder que foi conferido ao Governo enquanto um dever de necessariamente agir em caso de incumprimento. Estamos, pois, no caso, perante uma hipótese em que o próprio legislador define por completo, na lei, o regime jurídico aplicável, deixando, todavia, nele, espaços jurídicos abertos a uma posterior avaliação do Governo sem que os termos em que esta haja de fazer-se tenham sido deixados para um acto normativo de dignidade inferior ao da lei.

Deste modo temos de concluir que a norma em causa não afronta a proibição constante do art.º 112º n.º 6 da Constituição da República Portuguesa. Do mesmo passo, e pelas mesmas razões, se tem de concluir não afrontar, também, a mesma o princípio da reserva de lei constante dos art.ºs 238º, n.º 2 e 165º, n.º 1, alínea q) da mesma Lei Fundamental.

Importa, agora, encarar a imputação feita de que o remédio jurídico que está previsto, para o caso de incumprimento no n.º 2 do art.º 7º da Lei n.º 16-A/2002 das "denominadas regras de boa conduta financeira" viola o princípio da autonomia do poder local em geral consagrado no artigo 6º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e da decorrência que dele se extrai do princípio da exclusão, referido no art.º 242º da mesma Lei fundamental, da aplicação, no mesmo domínio, de uma tutela "sancionatória".

O n.º 1 do artigo 242º da CRP estatui que "a tutela administrativa sobre as autarquias locais consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos e é exercida nos casos e segundo as formas previstas na lei". Tais termos apontam inexoravelmente para a inadmissibilidade da existência de qualquer tipo de tutela substitutiva, correctiva, homologatória ou orientadora (Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed. revista, p. 897; António Cândido de Oliveira, "Poderes de intervenção do Estado em matéria de urbanismo. Autonomia Local. Tutela", in *Scientia Iuridica*, t. XLI, 1992, pp. 171 e ss.) sobre as autarquias locais. A sua admissibilidade negaria intrinsecamente o espaço jurídico de liberdade de autodeterminação e decisão jurídicas que são próprios e conaturais do reconhecimento de qualquer poder de autonomia (cf. José Casalta Nabais, "A Autonomia Local", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, II, Boletim da Faculdade de Direito, número especial, Coimbra, 1993).

Mas, ao admitir nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo a existência de "medidas tutelares restritivas da autonomia local", obrigando a que as mesmas sejam "precedidas de parecer de um órgão autárquico, nos termos definir por lei" e ao prever a dissolução de órgãos autárquicos, que só "pode ter por causa acções ou omissões ilegais graves", a

nossa Lei Fundamental não deixou de reconhecer estarem as autarquias sujeitas a formas sancionatórias de tutela de legalidade (cfr. neste sentido, o Acórdão n.º 260/98 in AcTC, 39º vol. 1998, págs. 107 e Acórdão 379/96, in AcTC, 33º vol., 1996, págs. 595 e segs.). Ora, no caso, e conquanto a utilização da medida "tutelar" tenha sido deixada pelo legislador ao critério facultativo (ou maxime discricionário) do Governo, o que é certo é que todos os seus demais pressupostos se encontram enunciados de forma taxativa na lei (n.º 1 do art.º 7º). Por outro lado, igualmente, todo o critério de decisão da medida que é susceptível de ser aplicada consta igualmente da lei (n.º 2 do art.º 7º). Ao Governo, como se repete, apenas foi deixada a liberdade de agir ou de não agir, verificados aqueles pressupostos.

Estamos, neste caso, perante uma situação em que ao Governo apenas cabe uma função de puro controlo de legalidade das decisões administrativas tomadas sobre a matéria enunciada para seu cumprimento no n.º 1 do artigo 7º. A sua finalidade é apenas a de verificar o cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos, com o que acompanhando Diogo Freitas do Amaral, se poderá qualificá-la, também neste domínio, como sendo de tipo meramente verificativo" (Direito do Urbanismo. Sumários, Lisboa, 1993, p.61).

É claro que a lei prevê, no n.º 2 do art.º 7º, a aplicação de uma medida reactiva ou de reacção contra o incumprimento das regras de boa conduta financeira antes enunciadas. Mas não se trata de uma medida cuja aplicação esteja dependente, segundo a sua previsão legal, de qualquer juízo governamental sobre o merecimento, a utilidade ou a inconveniência das decisões tomadas pelas autarquias em vista dos fins que eventualmente se propuseram ao violar regras de conduta definidas no n.º 1 do art.º 7º. Quer os pressupostos da sua aplicação, quer a sua extensão, quer a sua natureza estão totalmente tipificadas na lei, congregando um bloco normativo exaustivamente previsto para ser cumprido numa determinada conjuntura. Assim sendo, mesmo que qualificada como "sancionatória", como o fazem os requerentes, - qualificação esta que apenas encontrará arrimo na simples circunstância de se estar perante uma medida reactiva contra regras de conduta pré-estabelecidas em lei anterior, sempre a medida prevista no referido preceito deverá ser tida e entendida como integrando-se numa simples tutela de legalidade.

Nesta medida, a possibilidade de redução de transferências para os municípios prevista no art.º 7º, n.º 2 da Lei n.º 16-A/2002 não é incompatível com os princípios do art.º 242º da CRP, nem por consequência com o princípio da autonomia local.

De resto, cabe notar que se acha já prevista na Lei das Finanças Locais n.º 42/98, de 6 de Agosto, uma possibilidade paralela à discutida, sob os dois aspectos que se abordaram, embora versando naturalmente sobre uma situação diferente. Referimo-nos ao art.º 8º (na redacção da Lei n.º 94/2001, de 20 de Agosto. Diz ele o seguinte: "quando as autarquias tenham dívidas definidas por sentença judicial transitada em julgado ou por elas não contestadas junto dos credores no prazo máximo de 60 dias após a respectiva data de vencimento, pode ser deduzida uma parcela às transferências resultantes da aplicação da presente lei, até ao limite de 15% do respectivo montante global". Aliás, já o art.º 17º da Lei n.º 1/87, de 6 de Janeiro previa um regime semelhante.

Da questão de (in)constitucionalidade da norma do art.º 9º - recte das alíneas d), e) e h) do seu n.º 2 - da Lei n.º 16-A/2002 com o disposto nos art.ºs 53º, 56º, n.º 2 alínea a) e 165º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa

7.1. Muito embora as não especifiquem, os requerentes apenas põem em causa, pelos fundamentos que aduzem, as normas que constam das alíneas d), e) e h) do n.º 2 do art.º 9º, pois só elas contendem com as questões postas. A elas se cingirá, pois, o exame do tribunal.

7.2. Assim os requerentes pretextam que é violado o direito à segurança no emprego (artigo 53º da CRP), na medida em que, tendo esse direito, no contexto da função pública, a "configuração clara" de um "vínculo vitalício", este é substituído pela "insegurança total quanto a alguns trabalhadores", os quais, "não só podem ver-se abrangidos por esquemas de reafecção e de flexibilização dos mecanismos de reclassificação e reconversão, como podem ver o seu vencimento reduzido", para além de que podem ainda certos deles "serem obrigados a passar à situação de licença sem vencimento de longa duração", o que tem o "significado" e o alcance negativo que se descreve.

7.3. Afirmam, ainda, por outro lado, existir violação do art.º 165º, n.º 2, por se estar perante uma autorização legislativa que não define com suficiente densidade o respectivo objecto, sentido e extensão.

7.4. Finalmente sustentam que foi violado o direito de negociação e participação dos trabalhadores consagrado no art.º 56º, n.º 2, alínea a) da CRP, e bem assim, da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio.

7.5. Adiante-se, desde já, que nenhuma destas questões postas pelos requerentes mereceu uma resposta positiva do tribunal.

7.6. Começamos pelo exame da colocada em último lugar. Relativamente a ela importa, porém, referir que o diploma legislativo governamental cuja emissão foi autorizada pelo preceito em causa, nas alíneas indicadas, foi já publicado. Trata-se do Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro. E como consta do respectivo preâmbulo, "foram ouvidos.... as organizações representativas dos trabalhadores, tendo sido, quanto a estas, observados os procedimentos decorrentes da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio, e incorporadas no presente diploma diversas propostas formuladas no âmbito das negociações".

Assim sendo, coloca-se a questão de saber se persiste o interesse em agir do tribunal ou, dito por outro modo, se existe uma real utilidade "jurídica" do conhecimento do pedido. Na verdade, ainda que as normas questionadas da lei de autorização venham a ser julgadas inconstitucionais, nem por isso essa declaração se poderá estender automaticamente ao decreto-lei autorizado por as normas dele constantes não se integrarem nas da lei de autorização, constituindo a expressão de um poder normativo diferente e de normas distintas. Por outro lado, tal extensão também não poderia ser feita pelo Tribunal em virtude deste estar limitado ao princípio do pedido (art.ºs 281º da CRP e 51º da LOFPTC).

Ora, a este respeito o tribunal considera, assim, que perdeu entretanto interesse a averiguação em causa, já que, de todo o modo, se deve entender que a eventual falta de audição que haja ocorrido se tornou irrelevante, pelo facto de ter sido entretanto emitido o diploma autorizado (o referido DL. n.º 193/2002) e de se haver cumprido, quanto a este, a reclamada exigência.

Uma tal conclusão é, de resto, a que se posta logicamente ao lado da orientação que o tribunal adoptou em outros casos com algum paralelismo com o presente - como os dos Acórdãos n.º 285/92 (AcTC, 22º vol.), n.º 257/97 (AcTC, 36º vol.) e 745/98 (AcTC, 41º vol.) ou ainda no acórdão n.º 368/02 (inérito). Mas, por outro lado, será, mesmo, também, a única solução que se mantém dentro de uma linha de inteira coerência com o ponto a que se levou tal orientação no Acórdão n.º 581/95 (proferido num caso em que o Tribunal foi chamado a conhecer e apreciar a conformidade constitucional de normas contidas simultaneamente na lei de autorização e no decreto-lei autorizado, sendo que apenas em relação a este havia sido satisfeito o direito de participação das organizações dos trabalhadores (cfr. AcTC, 32º vol.).

Desta sorte considera este Tribunal precluída a apreciação da questão da eventual inconstitucionalidade das normas em causa por violação do disposto no art.º 56º, n.º 2, alínea a), da CRP.

7.7. Um outro vício de inconstitucionalidade que os requerentes apontam às normas agora em causa é o de que elas terão sido emitidas com violação do condicionamento que o art.º 165º n.º 2 da CRP estabelece para as leis de autorização legislativa, quanto à indicação do seu objecto, sentido e extensão.

A temática dos condicionamentos das leis de autorização legislativa tem sido abordada por este Tribunal, por diversas vezes e a propósito dos mais variados diplomas legislativos delegados. Sobre ela se pronunciou profundamente, até em termos de análise do direito comparado, o Acórdão n.º 358/92, de 11/11/1992, publicado no Diário da República, I Série, de 26 de Janeiro de 1993.

Escreveu-se então aí: «Quanto ao objecto da autorização, ele consiste na enunciação da matéria sobre a qual a autorização vai incidir, enunciação essa que, sem prejuízo das garantias de segurança do sistema jurídico, pode ser feita por remissão e abranger inclusive mais do que um tema ou assunto. Como já se escreveu, «a determinação do objecto definido pode ser feita de forma indirecta ou até implícita, quer por referência a actos legislativos preexistentes (que a delegação pretenda coordenar, refundir ou pôr em execução), quer por natural decorrência dos princípios e critérios directivos aplicados a uma matéria genericamente enunciada ou a matérias complexas (cf. António Vitorino, *As Autorizações Legislativas na Constituição Portuguesa*, ed. pol.; Lisboa, 1985, p. 231).

E continuando: «Por seu turno, a extensão da autorização especifica quais os aspectos da disciplina jurídica da matéria em causa sobre que vão incidir as alterações a introduzir por força do exercício dos poderes delegados».

E sobre o que deve ter-se pelo sentido da autorização, afirmou-se aí, por remissão para o Autor citado: «O sentido da autorização legislativa, sendo algo mais do que a mera conjugação dos elementos objecto (matéria ou matérias da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República sobre que incidirão os poderes delegados) e extensão (aspectos da disciplina jurídica daquelas matérias que integram o objecto da autorização que vão ser modificados), não constitui, contudo, exigência especificada de princípios e critérios orientadores [...], mas algo mais modesto ou de âmbito mais restrito, que deve constituir essencialmente um pano de fundo orientador da acção do Governo numa tripla vertente:

Por um lado, o sentido de uma autorização deve permitir a expressão pelo Parlamento da finalidade da concessão dos poderes delegados na perspectiva dinâmica da intenção das transformações a introduzir na ordem jurídica vigente (é o sentido da óptica do delegante);

Por outro lado, o sentido deve constituir indicação genérica dos fins que o Governo deve prosseguir no uso dos poderes delegados, conformando, assim, a lei delegada aos ditames do órgão delegante (e o sentido na óptica do delegado); e

Finalmente, o sentido da autorização deverá permitir dar a conhecer aos cidadãos, em termos públicos, qual a perspectiva genérica das transformações que vão ser introduzidas no ordenamento jurídico em função da outorga da autorização (é o sentido da óptica dos direitos dos particulares, numa zona revestida de especiais cuidados no texto constitucional - as matérias que incluem a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República)».

Temos, deste modo, que na definição do sentido da autorização legislativa, a Assembleia da República pode ir mais ou menos longe, vinculando o legislador delegado a adoptar soluções que podem transportar uma maior ou menor pre-definição do regime jurídico adoptando e que, deste modo, podem, assim, ser enunciadas por uma forma mais ou menos precisa, mais ou menos minuciosa e mais ou menos completa - «já que resta sempre a possibilidade de apreciar ulteriormente e corrigir, se necessário, a legislação governamental (art.º 169º da CRP); e com isso fica também (sem que haja violação da Constituição) uma margem maior ou menor para o Governo modelar, em definitivo, as soluções normativas».

Ora tendo em conta a dimensão significativa das referidas exigências constitucionais que se deixou pincelada, pode concluir-se, sem reservas, terem elas sido cumpridas satisfatoriamente no caso. O objecto da autorização está expressivamente enunciado no n.º 1 do art.º 9º, aqui em causa, sendo «o regime de colocação de funcionários e agentes pertencentes a serviços e organismos que sejam objecto de extinção, fusão ou reestruturação e a revisão do Decreto-Lei n.º 535/99, de 13 Dezembro», que versa sobre tal regime. A extensão, ou sejam os aspectos da disciplina jurídica da matéria objecto da autorização, está pormenorizadamente descrita nas diversas alíneas de a) a j) do n.º 2 do mesmo artigo que acima se transcreveram. Por último, o sentido da autorização está expressado em termos inequívocos, conquanto genéricos, como é também próprio das normas jurídicas, não só no n.º 1 do preceito - "flexibilizar a reafecção do pessoal cuja colocação não seja directamente determinada pelos diplomas legais que procedam à extinção, fusão ou reestruturação desses serviços e organismos", como, ainda, nas diferentes alíneas do n.º 2, nomeadamente, cingindo-nos às que se erigiram a objecto do pedido, nas alíneas d), e) e h).

7.8. Resta apreciar a última questão suscitada - a da eventual violação do direito à segurança no emprego que se encontra consagrado no art.º 53º da Constituição da República Portuguesa.

O que os requerentes aqui questionam é, maxime, a possibilidade constitucional que é aberta por essas normas de os funcionários a que a respectiva legislação delegada seja aplicável ficarem sujeitos a esquemas jurídicos de "reafecção" [alínea d)], de "flexibilização dos mecanismos de reclassificação e de reconversão" [alínea e)], bem como a poderem ver o seu "vencimento reduzido" e a "serem obrigados a passar à situação de licença sem vencimento de longa duração", com as consequências que aí se explicitam [alínea h)].

Os requerentes estribam, aqui, o seu pedido no pressuposto - aliás expressamente afirmado - de que os trabalhadores da Função Pública "desfrutam de um vínculo vitalício, que não pode ser desfeito no quadro actual", beneficiando, assim, de uma "segurança máxima" de emprego.

Mesmo que se tivesse por dado adquirido - e não o será, como se seguida se demonstrará - que assistisse aos trabalhadores da Função Pública uma garantia constitucional de "vitalidade" do vínculo laboral, sempre os argumentos desferidos pelos requerentes seriam juridicamente improcedentes. Na verdade, em nenhuma das situações cuja adopção está permitida à legislação delegada - e os mais paradigmáticos vistos da perspectiva dos requerentes seriam os que dizem respeito à "possibilidade de redução progressiva do vencimento de exercício, a graduar em função do período de inactividade ou de passagem à situação de licença sem vencimento de longa duração, no caso de recusa injustificada da colocação oferecida" [alínea h)] - será possível surpreender a extinção ou "morte jurídica" do vínculo laboral existente entre o trabalhador e a Administração Pública que acabasse com a sua pretensa "vitalidade" pessoal. O vínculo laboral continua a subsistir, apenas modificado quanto aos concretos deveres ou direitos ali implicados exigíveis de cada uma das partes, durante o período em que ocorram aquelas situações.

Mas independentemente de se saber até que ponto será até exacto, no plano da lei ordinária, o pressuposto da "vitalicidade" do vínculo laboral de que partem os requerentes - sendo certo que assim o será, no plano prático da vida, para uma larguíssima categoria de trabalhadores - , acresce que a nossa Constituição não afirma qualquer garantia de vitalicidade do vínculo laboral da Função Pública. Os trabalhadores da Função Pública não beneficiam de um direito à segurança do emprego em medida diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral.

E neste plano não pode deixar de referir-se até que as soluções que a lei de autorização admite que possam ser adoptadas, acabadas de referir, não deixam de substancialmente se postar ao lado de outras que são permitidas pela lei geral para os demais trabalhadores e cuja legitimidade constitucional se não questiona. Tem o tribunal em vista quanto à situação de redução do vencimento prevista pela lei de autorização como solução passível de ser adoptada pela lei delegada, o que se passa, no domínio dos trabalhadores em geral, com a situação de *law off* (prevista no Decreto-Lei n.º 398/83, de 2 de Novembro, com as alterações introduzidas posteriormente pelo Decreto-Lei n.º 64-B/87, de 27 de Fevereiro) em que igualmente acontece uma redução de vencimentos, nem sempre atingindo a mesma categoria funcional, ou toda ela, de trabalhadores. E mais. Sem se pretender questionar, aqui, a admissibilidade da figura no domínio da Função Pública, sempre caberá dizer que a solução mais gravosa que está prevista na citada alínea h) - a da licença de vencimento de longa duração, no caso de recusa injustificada da colocação oferecida - é muito menos grave do que uma das medidas previstas para os trabalhadores em geral, como é o caso do despedimento colectivo.

7.9. Mas poderá cogitar-se, porém, sobre se, essencialmente, estas duas figuras normativas de modificação dos direitos e obrigações emergentes do vínculo laboral da Função Pública cuja adopção está prevista como susceptível de ser adoptada na lei delegada - a da possibilidade de redução progressiva do vencimento de exercício, a graduar em função do período de inactividade e a da passagem à situação de licença sem vencimento de longa duração, no caso de recusa injustificada da colocação oferecida - não serão inconstitucionais com base em outros fundamentos, de que este Tribunal pode conhecer oficiosamente (art.ºs 204º da CRP e 79º-C da LOFPTC), como o da violação do princípio da protecção da confiança.

A resposta é também negativa.

Sobre a existência e a conteúdo jurígeno deste princípio, na nossa Constituição, escreveu-se no Acórdão n.º 156/95 (Diário da República, 2ª série, de 21/06/1995) o seguinte:

«Tem este tribunal, aliás, na esteira de uma jurisprudência já perfilhada pela Comissão Constitucional, defendido que o princípio do Estado de direito democrático (proclamado no preâmbulo da Constituição e, pós a revisão constitucional de 1982, consagrado no seu artigo 2º) postula "uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado, o que implica um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas", razão pela qual "a normação que, por sua natureza, obvie de forma intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva àqueles mínimos de certeza e segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar, como dimensões essenciais do estado de Direito democrático, terá de ser entendida como não consentida pela lei básica" (cf. o Acórdão n.º 303/90, publicado no Diário da República, 1ª série, de 26 de Dezembro de 1990)».

E alinhando pelo mesmo pensamento, disse-se no Acórdão n.º 222/98, de 04/03/1998 (publicado no Diário da República, 2ª série, de 55 de Julho de 1998) mais o seguinte:

«Sequentemente..., o princípio do Estado de direito democrático hã-de conduzir a que «os cidadãos tenham, fundadamente, a expectativa na manutenção de situações de facto já alcançadas como consequência do direito em vigor».

«Todavia, isso não leva a que seja vedada por tal princípio a estatuição jurídica que tenha implicações quanto ao conteúdo de anteriores relações ou situações criadas pela lei antiga, ou a que tal estatuição não possa dispor com um verdadeiro sentido retroactivo. Seguir entendimento contrário representaria, ao fim e ao resto, coarctar a «liberdade constitutiva e a autorevisibilidade do legislador, características que são típicas, ainda que limitadas» da função legislativa (cf. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa, p. 309).

Haverá, assim, que proceder a um justo balaceamento entre a protecção de expectativas dos cidadãos decorrentes do princípio do Estado de direito democrático e a liberdade constitutiva e conformadora do legislador, também ele democraticamente legitimado, legislador ao qual, inequivocamente, há que reconhecer a legitimidade (senão mesmo o dever) de tentar adequar as soluções jurídicas às realidades existentes, consagrando as soluções mais razoáveis, ainda que elas impliquem que sejam "tocadas" relações ou situações que, até então, eram regidas de outra sorte. Um tal equilíbrio, como o Tribunal tem assinalado, será postergado nos casos em que, ocorrendo mudança de regulação pela lei nova, esta vai implicar, nas relações e situações jurídicas já antecedentemente constituídas uma alteração inadmissível, intolerável, arbitrária, demasiado onerosa e inconsistente, alteração com a qual os cidadãos e a comunidade não poderiam contar, expectantes que estavam, razoável e fundadamente, na manutenção do ordenamento jurídico que regia a constituição daquelas relações e situações. Nesses casos impor-se-á que actue o subprincípio da protecção da confiança e segurança jurídica que está implicado pelo princípio do Estado de direito democrático, por forma que a nova lei não vá, de forma acentuadamente arbitrária ou intolerável, desrespeitar os mínimos de certeza e segurança, que todos têm de respeitar».

Não se vêem quaisquer razões para abandonar uma tal tese sobre a existência no nosso ordenamento constitucional de tal princípio da tutela da confiança, bem como sobre a sua dimensão significativa.

Mas o que é certo é que a situação acima desenhada não se acha acobertada à sua sombra. Pese embora seja possível afirmar, segundo os dados da experiência histórica, a existência, no domínio da função pública, de uma certa estabilidade/imutabilidade do vínculo laboral estabelecido, senão mesmo da existência, até, uma certa expectativa no sentido do seu desenvolvimento que é próprio de um esquema geral de progressão nas carreiras, tal como nela está comumente estabelecido, não se segue daí que esses vínculos laborais possam ficar imunes, ex natura ou por qual razão especial, às contingências financeiras supervenientes, mormente no que toca à dificuldade da administração não poder suportar os gastos normais do funcionamento dos serviços, entre eles se contando os relativos trabalhadores, ou a leste da necessidade sentida pelo legislador de proceder a uma melhor adequação dos serviços na perspectiva de uma melhor e actual pacificação das necessidades demandadas pelos interesses públicos que lhe cabe primacialmente definir e prosseguir. Num domínio, altamente sensível às vicissitudes da realidade económico-financeira sob a qual os direitos pretensamente atingidos se movem e onde se cruzam, com sentidos divergentes por vezes, as expectativas das suas carreiras, mesmo no aspecto remuneratório, e a necessidade sentida pelo legislador de procurar salvaguardar, por outros meios organizatórios ou até materiais, a realização do interesse público que lhe cabe determinar, não será possível vislumbrar a constituição de uma expectativa materialmente fundada não só à manutenção das suas previsões anteriores sobre o provável andamento das suas carreiras, como mesmo das situações já alcançadas em função do direito em vigor. A extinção, fusão e reestruturação de serviços públicos

pode assumir-se, assim, como uma verdadeira necessidade de adaptação aos novos tempos de uma boa gestão do interesse público, na própria óptica quer do interesse geral, quer no dos próprios trabalhadores, não podendo essa matéria deixar de ser tida como inserida numa discricionariedade normativo-constitutiva do legislador, insusceptível de fundar, ao nível da manutenção actual do seu estatuto profissional, salva, porventura, a reserva do seu núcleo essencial, a constituição de expectativas dignas de tutela constitucional. Perante a existência de evidentes dificuldades financeiras do Estado, as medidas de forma alguma poderão ser tidas como intoleráveis, arbitrárias ou demasiado opressivas do mínimo de segurança quanto ao andamento sem quaisquer sobressaltos económico-financeiros das carreiras projectadas de tais trabalhadores. A aleatoriedade das condicionantes financeiras susceptíveis de se repercutir nas situações sob exame é uma questão que nunca poderá deixar de ser tida em conta para fundar quaisquer expectativas legitimamente fundadas. Ao que vem de ser dito, acresce ainda, para desvelar a inexistência de qualquer expectativa de manutenção das situações e previsões de facto, que o instrumento jurídico de redução do vencimento de exercício se equivale até ao que está legalmente admitido para os trabalhadores em geral no caso de law off cuja legitimidade constitucional não se contesta. E quanto à medida da passagem à situação de licença sem vencimento de longa duração, poder-se-á antes asseverar que a sua inclusão sob a sombra protectora deste princípio constitucional se afirmaria antes como uma auto-negação dos valores da justiça que o mesmo procura acautelar, dados os termos em que a mesma está prevista ou, seja apenas para os casos de recusa injustificada da colocação oferecida.

C - A decisão

9. Destarte, atento tudo o exposto, o Tribunal Constitucional decide não declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas constantes dos artigos 4º, 7º, n.º 2 e 9º, n.º 2, alíneas d), e) e h) da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio.

Lisboa, 7 de Janeiro de 2003

Benjamim Rodrigues

Maria Helena Brito

Alberto Tavares da Costa

Paulo Mota Pinto

Bravo Serra

Luís Nunes de Almeida

Artur Mauricio

Gil Galvão

Pamplona de Oliveira

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

Mário Torres (vencido em parte, nos termos da declaração de voto junta)

Maria Fernanda Palma (vencida em parte, nos termos da declaração de voto junta).

José Manuel Cardoso da Costa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei no sentido de ser declarada, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas constantes do artigo 9.º da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio, na dimensão considerada como integrante do objecto do pedido, por violação do direito de participação das organizações representativas dos trabalhadores na elaboração da legislação do trabalho, consagrado nos artigos 54.º, n.º 5, alínea d), e 56.º, n.º 2, alínea a), da Constituição da República Portuguesa (doravante designada por CRP), pelas razões a seguir sumariamente expostas.

1. À questão da determinação dos efeitos da omissão da participação das organizações representativas dos trabalhadores (doravante designadas por ORTs) na elaboração de lei de autorização legislativa em matéria laboral (incluindo a "legislação laboral da função pública") quando, como no presente caso se verificou, essa participação veio a ocorrer subsequentemente, no âmbito da elaboração do decreto-lei editado ao abrigo daquela autorização legislativa, têm sido dadas basicamente três soluções: (i) a da inexistência de inconstitucionalidade, por a participação não ser exigida relativamente a leis de autorização legislativa; (ii) a da "irrelevância" ou "preclusão" da inconstitucionalidade efectivamente verificada por o objectivo constitucionalmente visado ter sido afinal alcançado pela via da participação na elaboração do decreto-lei autorizado; e (iii) a da efectiva ocorrência de inconstitucionalidade, que se mantém apesar da participação na elaboração do decreto-lei autorizado, por esta participação não ser sucedânea nem consumir a devida participação na elaboração da lei de autorização legislativa.

Perfilho convictamente esta última posição.

2. A primeira posição (que o precedente acórdão não acolheu) assenta na negação da existência de um direito de participação das ORTs na elaboração das leis de autorização legislativa, por as normas autorizadoras carecerem de carácter material, detendo tão-só natureza "competencial": a lei de autorização seria uma lei de mera delegação de competência do poder de legislar sobre as matérias constantes de reserva parlamentar, não incorporando ainda qualquer norma dessa matéria. Não se trataria, pois, de "legislação do trabalho"; logo, a participação das ORTs não seria constitucionalmente devida; consequentemente, nenhuma violação da CRP se perpetraria com a omissão desta participação.

A crítica desta tese está feita, em termos que inteiramente perfilho, por José Joaquim Gomes Canotilho e Jorge Leite (*A Inconstitucionalidade da Lei dos Despedimentos*, Coimbra, 1988, págs. 15 a 18 e 64 a 70). As leis de autorização não são simples "normas sobre a produção jurídica" ou normas "organizatório-competenciais", assumindo uma carácter "normativo-material", com "efeitos externos" (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª edição, Coimbra, 2002, pág. 761).

Trata-se, aliás, de entendimento constante deste Tribunal: cf. Acórdãos n.ºs 107/88, 64/91, 285/92, 806/93 e 581/95. Como se reafirmou no Acórdão n.º 64/91:

"Sobre esta questão, entende o Tribunal que a sua anterior jurisprudência é inteiramente correcta, do ponto de vista jurídico-constitucional, e que deve ser mantida.

Por um lado, as leis de autorização legislativa não são meras leis formais, nem se esgotam no plano de ordenação do exercício da função legislativa, não podem considerar-se puras leis organizatórias da competência legislativa, situadas no domínio do direito constitucional. Elas contêm os parâmetros normativos fundamentais que estabelecem os limites de validade da legislação autorizada (cf. Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, Lisboa, 1990, policopiado, pp. 471 e segs.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4.^a ed., Coimbra, 1986, pp. 629 e segs.).

Por outro lado e decisivamente, a imposição constitucional de que as leis de autorização legislativa definam «o sentido, a extensão e a duração da autorização» (artigo 168.º, n.º 2) implica que, em matéria de legislação laboral, as organizações dos trabalhadores devam ter a possibilidade de influenciarem, logo na fase parlamentar de apreciação da lei de autorização legislativa, os juízos políticos e de decisão jurídica da Assembleia da República sobre a futura legislação autorizada e, também, de opinarem sobre a vantagem de delegar no Governo a elaboração da tal legislação, sobre a oportunidade da autorização, sobre as directrizes, princípios ou orientações gerais da futura disciplina material e sobre a própria extensão da autorização, isto é, sobre a amplitude das inovações ou reformas a introduzir em matéria laboral. Acrescente-se que tal audição há-de ser realizada directa e autonomamente perante a Assembleia da República, devendo este órgão proceder à consulta das organizações dos trabalhadores, nos termos da Lei n.º 16/79."

Neste ponto (rejeição da tese da inexistência do direito de participação) partilho da posição assumida no precedente acórdão, sendo de assinalar que a Lei n.º 23/98, de 26 de Maio, que estabelece o regime de negociação colectiva e de participação dos trabalhadores da Administração Pública em regime de direito público, garante expressamente, na alínea i) do n.º 1 do seu artigo 10.º, o direito de esses trabalhadores participarem, através das suas associações sindicais, "na elaboração dos pedidos de autorização legislativa sobre matéria sujeita à negociação ou participação".

3. A segunda posição atrás enunciada - reconhecendo que as leis de autorização legislativa em matéria laboral são "legislação do trabalho" em cuja elaboração é constitucionalmente exigida a participação das ORTs e que, conseqüentemente, se verifica inconstitucionalidade se essa participação é omitida -, sustenta, porém, que a "questão" da inconstitucionalidade deve ter-se por "precluída" quando tenha sobrevivido participação das ORTs na elaboração do decreto-lei emitido ao abrigo da autorização legislativa em causa.

Foi esta a posição que obteve vencimento no precedente acórdão e da qual discordo.

Não tem sido uniforme a configuração jurídica avançada por essa posição para fundamentar a conclusão da "preclusão da questão". No Acórdão n.º 285/92 referiu-se que "tendo o diploma autorizado sido submetido a apreciação prévia pelas organizações sindicais, será de concluir que o desiderato substantivo do disposto nos artigos 54.º, n.º 5, alínea d), e 56.º, n.º 2, alínea a), da Constituição, no que à matéria em causa se refere, se encontra plenamente consumido pela audição promovida pelo Governo quanto ao decreto" autorizado entretanto publicado. No Acórdão n.º 581/95 considerou-se que "a inconstitucionalidade formal" (por falta de participação das ORTs) da Lei n.º 107/88, de 17 de Setembro, então em causa, "não deve ter-se hoje já por relevante, pois que o Decreto-Lei n.º 64-A/89, posteriormente emitido ao abrigo dessa autorização foi ele mesmo objecto de audição das organizações representativas dos trabalhadores". A ideia de que a audição a respeito do decreto-lei autorizado consome a falta de audição relativamente à lei autorizadora foi retomada, entre outros, nos Acórdãos n.ºs 257/97, 477/98, 478/98 e 745/98, enquanto a concepção da irrelevância da inconstitucionalidade da lei de autorização por o "desiderato substantivo" da norma constitucional consagradora do direito de participação ter sido

alcançado pela via da participação na elaboração do decreto-lei autorizado reafirma no Acórdão n.º 368/2002.

Não subscrevo este entendimento, em qualquer das suas formulações, pois entendo que as participações das ORTs nos apontados dois momentos do processo legislativo complexo em causa são cumulativamente exigíveis, por visarem objectivos distintos, terem objectos diferenciados, destinatários autónomos e diversificada eficácia, não sendo, assim, fungíveis entre si.

A participação na elaboração da lei de autorização legislativa deve ser promovida directa e autonomamente pela Assembleia da República, a quem se dirigirão as posições que vierem a ser assumidas pelas ORTs, enquanto a participação na elaboração do decreto-lei autorizado é promovida e tem por destinatário o Governo.

Os objecto e objectivo da primeira participação são muito mais vastos do que os da segunda: aquela engloba, desde logo, a própria necessidade e oportunidade da intervenção legislativa, a forma final dessa intervenção que se reputa mais adequada (lei ou decreto-lei autorizado) e a delimitação do âmbito, extensão e sentido concreto da intervenção; esta (a participação na elaboração do decreto-lei autorizado) já não pode questionar as opções fundamentais impostas pela Assembleia ao Governo, quando define, com a exigível densidade, o objecto, o sentido e a extensão da autorização.

A eficácia da participação também é extremamente diferenciada: aquando da elaboração da lei de autorização está tudo em aberto, enquanto na elaboração do decreto-lei as opções fundamentais já estão tomadas, não sendo lícito ao Governo desrespeitar o sentido fixado na credencial parlamentar.

Se se quiser - como cumpre - "levar a sério" o direito fundamental, atribuído aos trabalhadores qua tales de, através das suas organizações representativas, participarem na elaboração da legislação do trabalho, não se pode ver nele uma mera "formalidade" de submeter à consideração das ORTs opções e medidas já definitivamente tomadas: "o direito de participação supõe, por um lado, que as decisões ainda não estão tomadas e, por outro lado, que as posições que as organizações dos trabalhadores venham a tomar podem efectivamente alterar as soluções em projecto", pois, se "o direito de participação não se traduz em expropriar os órgãos legislativos do seu poder", ele "consiste seguramente na possibilidade de influenciar as suas tomadas de decisão" (J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª edição revista, Coimbra, 1993, págs. 295 e 296).

No presente caso, não foi concedida às ORTs possibilidade de influência real na decisão da Assembleia da República de iniciar o processo de revisão do Decreto-Lei n.º 535/99, de 13 de Dezembro, nem na tomada das opções de, nesse âmbito, se proceder à redução progressiva do vencimento de exercício, a graduar em função do período de inactividade, e de impor a passagem à situação de licença sem vencimento de longa duração, no caso de recusa injustificada da colocação oferecida. O "desiderato substantivo" do direito constitucional em causa não se pode considerar alcançado com a subsequente participação das ORTs na elaboração do decreto-lei autorizado, vinculado ao respeito por aquelas opções.

Em suma: não sendo fungíveis as participações nesses dois momentos distintos do procedimento legislativo, a efectiva participação na elaboração do decreto-lei autorizado não "consome" nem torna "irrelevante" a (falta de) participação na elaboração da lei de autorização, pelo que não posso considerar "precluída" a questão da inconstitucionalidade desta lei.

Declaração de voto

1. Votei vencida a decisão de não declarar a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 16-A/2002 por violação do artigo 56º, nº 2, alínea a), da Constituição com fundamento na sua "preclusão". Com efeito, apesar de o dever de audição dos trabalhadores ter sido cumprido quanto à lei autorizada, ainda assim a não audição na fase da autorização legislativa pode ter comprometido o processo negocial e restringido o direito de participação dos trabalhadores.

A tese segundo a qual se verificaria, nestes casos, uma consunção da não audição da lei de autorização legislativa pela audição efectuada quanto à lei autorizada (rectius, uma sanção da não audição fundamentada na ideia de que a segunda audição consome a primeira) não é correcta porque ignora, desde logo, a exigência de subordinação do decreto-lei autorizado à respectiva lei de autorização legislativa (cfr. o artigo 112º, nº 2, da Constituição).

Na verdade, ao aprovar o decreto-lei autorizado, o Governo está conformado por uma lei anterior, relativamente à qual os trabalhadores não foram ouvidos. O direito de participação dos trabalhadores é assim restringido, uma vez que já não são viáveis, nessa fase do processo legislativo, soluções normativas não contempladas ou excluídas pelo Parlamento.

Não faz sentido, pois, considerar inútil a primeira audição por estar já devidamente assegurada a protecção constitucional da participação dos trabalhadores com a segunda audição (como também seria errado considerar a segunda audição redundante quanto à primeira, dado que o decreto-lei autorizado sempre conterà uma margem de inovação normativa sobre a qual é indispensável ouvir de novo os trabalhadores).

2. Votei ainda vencida a não declaração de inconstitucionalidade do artigo 9º, alínea h), no que se refere à possibilidade de redução de vencimento por violação do artigo 2º da Constituição, na perspectiva da violação do princípio da confiança como emanção do Estado de direito democrático.

Diferentemente do entendimento sustentado no Acórdão, parece-me que, apesar de não existir na Constituição garantia de que o emprego na Função Pública seja vitalício nem garantia de que nunca haverá reduções de vencimento em situações de crise na Administração Pública, não pode deixar de se considerar, na situação em apreço, que há uma tradição de estabilidade firmada ao longo de décadas. E esta tradição tem proporcionado um "investimento na confiança" significativo quanto às carreiras da Administração Pública, levando muitas pessoas a preferirem o emprego público, embora porventura menos remunerado do que emprego idêntico no sector privado.

Esta "estabilidade" é, aliás, manifestação de uma certa credibilidade do Estado empregador e expressão do bom funcionamento de uma Administração Pública baseada na experiência dos seus funcionários, em contraponto a uma maior instabilidade das empresas privadas que se determinam por solicitações por vezes conjunturais do mercado. Uma tal tradição reflecte um valor de estabilidade do Estado de direito democrático nas sociedades modernas. A necessidade de reorganização de serviços e funções não pode ser exclusivamente levada a cabo com sacrifícios directos de certos funcionários, devendo antes, por razões de justiça iminentes ao Estado de direito democrático, ser dissolvida no conjunto do edifício da Administração Pública.

Assim, não vejo fundamentação constitucional para aplicar à Administração Pública soluções típicas de uma sociedade de mercado, no seu modelo puro e não solidário, ou para introduzir na Função Pública os mecanismos do despedimento colectivo ou do "lay off". A jurisprudência constitucional chegou mesmo a declarar a inconstitucionalidade, por violação do princípio da confiança, de reduções "retrospectivas" de vencimentos em situações em que até se justificaria, por razões de igualdade, uma redução de vencimentos dos funcionários que exerciam funções de apoio a órgãos de soberania (maxime os chamados funcionários parlamentares da Assembleia da República) pelo facto de esses vencimentos ultrapassarem o do Presidente da República (cfr. Acórdão n° 141/2002, D.R., I Série-A, de 9 de Maio de 2002). E a violação da confiança não seria aí sequer tão significativa dada a precariedade de tais funções, assentes, por vezes, na confiança política.

A possibilidade de redução dos vencimentos dos trabalhadores que são afectados por necessidades de reestruturação e tornados "vítimas sacrificiais" do interesse público constitui um modo de actuação do Estado que o desacredita como Estado de direito democrático, frustra as expectativas legítimas sedimentadas ao longo de décadas e põe em crise o papel organizador da sociedade e de referência para o próprio sector privado que o Estado desempenha.

Deste modo, tal como se disse no Parecer n° 16/92 da Procuradoria Geral da República, citado, aliás, em termos fundadores no referido Acórdão n° 141/2002, apesar de a garantia de irredutibilidade dos vencimentos da função pública não ter "autonomamente, directa protecção constitucional, a função pública rege-se, contudo, segundo uma arquitectura normativa, clara e segura, desde a definição das condições de ingresso, acesso, direito à carreira, responsabilidade funcional e disciplinar e escalas remuneratórias, integrando um estatuto funcional típico. A relação de emprego público, nesse complexo próprio de direitos, regalias, deveres e responsabilidades, distingue-se da relação de emprego comum típica das relações laborais privadas (...) A componente remuneratória própria e caracterizadora de cada categoria integra um elemento fundamental do respectivo estatuto e, nessa medida, a confiança essencial na manutenção do estatuto típico da relação funcional compreende a integralidade e a não redutibilidade remuneratória. (...) A garantia da integralidade remuneratória resulta, porém, não de qualquer autónomo princípio de irredutibilidade (inscrito ao nível fundamental), ou mesmo de protecção de direitos adquiridos (...) mas da circunstância de uma modificação estatutária, com semelhante conteúdo, traduzir uma violação intolerável, inadmissível e demasiado acentuada do princípio da confiança insito na ideia de Estado de Direito democrático".

É certo que os trabalhadores da Função Pública também perdem o vencimento de exercício noutras situações, incluindo os casos de faltas justificadas que se estendam para além de determinado limite. No entanto, seria equivocado comparar tais situações à que agora se analisa. Nesta última situação, a inactividade do trabalhador é-lhe imposta unilateralmente pela Administração Pública (aliás, de modo duvidosamente compatível com o direito ao trabalho, consagrado no artigo 58°, n° 1, da Constituição, que tem como corolário, assinalado pela doutrina e pela jurisprudência laboral, o direito de ocupação efectiva), sendo inaceitável à luz dos princípios de justiça e equidade por que se rege o Estado de direito democrático, que dessa imposição resulte ainda uma diminuição de vencimento.

Por estas razões votei a inconstitucionalidade das normas referidas.

Maria Fernanda Palma

Foro Constitucional Iberoamericano

Tribunal Constitucional ACÓRDÃO N.º 5/2003 Processo n.º 739/02

TC - 1ª Secção

Rel.: Consº Artur Maurício

Acordam na 1ª Secção do Tribunal Constitucional:

1 - A, B e C, com os sinais dos autos, requereram, em 02/10/02, por apenso aos autos de suspensão identificados sob os números 554/02, 554-A/02 e 554-B/02, a suspensão de eficácia de "deliberações do Comité Central do Partido Comunista Português" - de 21/09/02, segundo os documentos juntos - que (a) rejeitaram os recursos, interpostos pelos dois primeiros, de deliberações do Secretariado do Comité Central do PCP que lhes aplicaram a sanção de expulsão, deliberações estas que haviam sido ratificadas pela Comissão Central de Controlo do mesmo Partido e (b) ratificou a deliberação do Secretariado do Comité Central do PCP que impusera ao terceiro a sanção de suspensão por 10 meses da actividade partidária.

Invocaram no pertinente requerimento (n.ºs 2 e 3) todos os fundamentos que tinham aduzido no pedido de idêntica providência relativa às citadas deliberações da Comissão Central de Controlo (os dois primeiros) e do Secretariado do Comité Central (o terceiro) e ainda: a falta de assinatura das deliberações, respeitantes aos dois primeiros, agora em causa, geradora de nulidade por força do disposto no artigo 668º n.º 1 alínea a) do CPC (n.º 3); a falta de motivação, de facto e por via das circunstâncias de tempo, lugar e modo, das mesmas deliberações (n.º 4); a falta das normas incriminadoras na deliberação do Secretariado do Comité Central referente ao terceiro requerente (n.º 5).

Alegaram, ainda, os danos já referidos no anterior pedido (n.º 7), "a amputação do direito de participação na vida partidária", o "anátema inerente à expulsão" e "aparente ilegitimidade do órgão máximo do Partido" (n.º 8).

O pedido de apensação foi indeferido por despacho de 02/10/2002 proferido pelo relator daqueles autos, então pendentes no Plenário, nos seguintes termos:

"O presente processo encontra-se em fase de recurso, pelo que se afigura inconveniente a requerida apensação (artº 275º n.º 1 do CPC).

Notifique os requerentes e os requeridos, fazendo os documentos que foram apensos por linha presentes ao Exmo Presidente, após trânsito do presente despacho".

Os requerentes reclamaram deste despacho para a conferência que, por acórdão de 15/10/02, confirmou o despacho reclamado.

O dito acórdão transitou em julgado em 31/10/2002 e em 07/11/02 os documentos que estavam apensos por linha foram presentes ao Presidente do Tribunal, que, em 14/11/02, neles exarou o seguinte despacho:

"Autue na 5ª espécie."

Em 20/11/02, foram autuados, na 5ª espécie, os referidos documentos.

Em 21/11/02, o relator proferiu o seguinte despacho:

"O pedido de apensação aos autos que correram termos neste Tribunal sob o nº 554/02 das peças que ora estão numeradas de fls.2 a 76 foi indeferido por despacho do então relator, confirmado pelo Acórdão do Plenário nº 420/2002.

Entretanto, com a confirmação pelo Plenário, através do seu Acórdão nº 421/2002, transitado em julgado, do acórdão da 2ª Secção que não tomou conhecimento dos pedidos de impugnação e de suspensão de eficácia de deliberações sancionatórias deduzidos por A, B e C, findaram os pertinentes processos (nºs 554/02, 554-A/02 e 554-B/02).

Ordenada pelo Presidente do Tribunal a autuação das aludidas peças na 5ª espécie, distribuídas como "acção de impugnação de deliberação tomada por órgãos de partidos políticos" e pedido de suspensão de eficácia (artigos 103º-D e 103º-E da LTC), têm estes inteira autonomia, não havendo qualquer justificação para uma autuação como "apenso" do processo findo, numerado em conformidade (nº 554-C/02).

Impor-se-ia, assim, a "desapensação" do presente processo e a sua consequente renumeração.

Nada, porém, impede que - sem prejuízo da devida renumeração do processo - para efeitos instrutórios e por economia processual, no sentido de evitar a oneração das partes com a junção dos documentos que já se encontram nos processos findos, estes se mantenham apensados.

O que se deixa dito, particularmente no que concerne à justificação de se manterem apensados os Pºs nºs 554/02, 554-A/02 e 554-B/02, não obsta a que as petições sejam analisadas com inteira autonomia no que respeita à sua suficiência ou regularidade.

Ora, sucede que, dada a posição assumida pelos peticionantes no Pº nº 554/02, as pertinentes peças processuais mostram-se estruturadas como "aditamentos" ao que consta das peças correspondentes naquele processo (onde estavam em causa outras deliberações), dando por reproduzido o que nelas se alegara como fundamentos de facto e de direito e se oferecera como prova.

Mas, findo aquele processo e mantendo-se apensado apenas - como se disse - para meros efeitos instrutórios, entendo não ser admissível tal forma de articulação factual e de exposição do direito bem como de oferecimento de prova.

Nestes termos, deverão os peticionantes/impugnantes aperfeiçoar as peças de fls 3 a 5 e 24 a 34 com exposição integral dos fundamentos de facto e de direito e da prova oferecida.

Assim e em conclusão:

Renumere-se o presente processo, mantendo-se os "apensos" com fins meramente instrutórios;

Notifiquem-se os recorrentes para, em cinco dias, apresentarem novas petições com suprimento das deficiências supra apontadas."

Em cumprimento deste despacho, os requerentes apresentaram, em 03/12/02, novo requerimento de suspensão de eficácia das citadas deliberações do Comité Central do PCP de 21/09/02.

Nele, os requerentes discriminam o que consideram ser os vícios das deliberações (nº 5), a saber:

- "ausência e omissão de factos nas acusações formuladas contra os requerentes" e impossibilidade de estes eficazmente se defenderem;
- "incompetência estatutária do órgão decisor para proferir tais deliberações punitivas";
- "ausência da produção de prova testemunhal requerida na defesa e que não foi ouvida a qualquer ponto da matéria da defesa, nem da acusação", no caso do primeiro requerente (A);

Invocam ainda as ilegalidades já arguidas nos nºs 2 a 5 do anterior requerimento (nº 6).

No que concerne aos danos decorrentes da execução das deliberações, reafirmam (nºs 33 a 38) o que tinham alegado no nº 8 do requerimento anterior.

O Partido Comunista Português respondeu, começando por invocar as seguintes "questões prévias":

- Consubstanciando o despacho que indeferiu a apensação aos Procs. nºs 554/02, 554-A/02 e 554-B/02, um despacho de indeferimento liminar, os requerentes deveria ter apresentado uma nova petição no prazo de cinco dias após o trânsito em julgado daquele despacho, se quisessem aproveitar-se da data da entrada da primeira acção de impugnação e do primeiro pedido de suspensão de eficácia;

Não o tendo feito, o despacho do Presidente do Tribunal que mandou autuar os documentos na 5ª espécie é, nos termos do artigo 201º do CPC, nulo (por manifesto lapso, o requerido escreveu "inútil") por ser um acto que a lei não permite e influir no exame ou na decisão da causa;

- O despacho de aperfeiçoamento proferido nos presentes autos é nulo;
- Se assim se não entender, verificou-se a caducidade do direito dos requerentes;
- Relativamente ao requerente C, ele não esgotou os meios internos de recurso, podendo, ainda, reclamar da deliberação do Comité Central do PCP para o mesmo órgão, nos termos do artigo 63º nº 4 dos Estatutos do PCP.

Quanto aos fundamentos do pedido, alega, ainda, o PCP:

- "(...) os eventuais prejuízos e "danos apreciáveis na esfera pessoal, cívica, política, social, anímica e afectiva do requerente" são muitíssimo inferiores aos prejuízos e danos efectivos causados no prestígio e influência do PCP; na unidade e coesão do PCP; através de afirmações públicas, fora dos organismos e do regular funcionamento do Partido, de afrontamento, calúnia e desvirtuamento relativas à direcção e à política do Partido Comunista Português; o que, aliás, se passou com todos os requerentes" (nº 24);

- "nenhum vício procedimental ou qualquer outro afecta os processos disciplinares", como se alegou na contestação da acção de impugnação (nº 25);

Quanto ao requerente B:

- "Foi o próprio Requerente que se auto-afastou da vida e da actividade partidárias" (nº 29)

- "Desde logo, porque se demitiu do Comité Central" (nº 30)

- "Depois ao deixar de participar em reuniões do organismo a que pertencia (Direcção da Organização Regional do Algarve, após a primeira reunião para análise dos resultados eleitorais" (nº 31)

- "Nomeadamente, não compareceu a uma reunião distrital de quadros, onde esteve o Secretário Geral do PCP, e para o qual foi convocado" (nº 32)

- "Finalmente, recusou-se a participar nos trabalhos preparatórios da Conferência Nacional do PCP e na assembleia plenária do seu organismo que tinha como objectivo proceder à eleição dos delegados àquela" (nº 33)

- "O que há, na verdade, é uma auto-amputação da intervenção e participação partidária em resultado de uma opção consciente de intervenção e participação política pública e, apenas, pública" (nº 35)

- "(...) antes da decisão de expulsão e já depois - em entrevistas a rádios, televisões e jornais - o Requerente mantém uma insistente actividade cívica e política movida apenas pelo profundo desiderato de afrontar a orientação e direcção do Partido Comunista Português sufragadas pelo XVI Congresso" (nº 37);

Quanto ao requerente A:

- Esteve 34 meses sem pagar quotas, obrigação estatutária que assumiu (nº 44);

- Só é possuidor do cartão com o número de membro do PCP que lhe fora atribuído quando era membro do Comité Central, cartão que perdeu validade no final de 2000, nunca tendo levantado o novo cartão (nº 45);

- Recusou reunir-se com um membro do Secretariado encarregue por este organismo de tratar da sua situação partidária (nº 46);

- Recusou-se a participar nos trabalhos preparatórios da Conferência Nacional do PCP e na assembleia plenária da organização da sua freguesia para a eleição dos delegados àquela iniciativa partidária promovida e organizada para debater problemas políticos, entre outros, alguns que o requerente diz serem sua preocupação (perda da influência social e eleitoral do PCP) (nº 47);

- Nunca frequentou o centro de trabalho da organização para a qual foi transferido depois de se ter demitido do Comité Central (nº 48)

- Não compareceu a qualquer reunião da organização a que pertence apesar de ter sido convocado (nº 49);

- Em resposta a uma dessas convocatórias afirmou que não aceitava a integração na organização para a qual foi transferido (nº 50);

- Verifica-se "uma auto-amputação da intervenção e participação partidária em resultado de uma opção consciente de intervenção e participação política pública, e, apenas, pública" (nº 51);

Quanto ao requerente C :

- "(...) antes da decisão de suspensão da actividade e já depois - entrevistas a rádios, televisões e jornais - o requerente vem insistindo em manter uma actividade cívica e política na qual apenas o move o profundo desiderato de afrontar a orientação e a direcção do Partido Comunista Português sufragadas pelo XVI Congresso" (nº 60).

Conclui pedindo que se não tome conhecimento dos pedidos com fundamento na procedência das questões prévias suscitadas ou, se assim se não entender, que se não dê provimento ao pedido.

Os requerentes foram ouvidos sobre as questões prévias, alegando que cumpriram rigorosamente os despachos de que foram notificados, despachos esses que nunca foram impugnados e transitaram em julgado.

Cumpra decidir.

2 - As questões prévias suscitadas pelo requerido reportam-se, directamente, à acção de impugnação de deliberações tomadas por órgãos de partidos políticos, intentada pelos ora requerentes e de que é dependente o presente procedimento.

De todo o modo, essas questões (ou, ao menos, algumas delas) acabam por repercutir-se, consequencialmente, neste procedimento, pelo que, num momento em que corre termos a acção, cumpre delas conhecer, no específico âmbito do mesmo procedimento e com efeitos a ele limitados.

3 - Como se deixou relatado, a questão prévia primeiramente enunciada assenta num pressuposto: o de que o despacho do relator no Proc. nº 554/02, a fls. 364, posteriormente confirmado pelo Plenário deste Tribunal no Acórdão de fls. 397 e segs, configura um despacho de indeferimento liminar das petições então apresentadas pelos requerentes.

Mas é manifesto que não é assim.

Com efeito, decidido pelo Acórdão nº 361/2002 não se tomar conhecimento dos pedidos de impugnação e de suspensão de eficácia apresentados pelos requerentes em 24/7/2002, por os requerentes A e B não terem impugnado as deliberações punitivas perante o Comité Central do PCP e a medida punitiva imposta ao requerente C estar ainda sujeita a ratificação daquele órgão partidário, os primeiros, embora inconformados com o decidido, de que recorreram para o Plenário, apresentaram recursos para o Comité Central do PCP.

Por este órgão, os recursos foram rejeitados e a medida punitiva imposta ao requerente C ratificada, através das deliberações de 21/9/02.

Os requerentes intentaram, então, nova acção de impugnação e deduziram novo pedido de suspensão de eficácia destas últimas deliberações, entrados neste Tribunal em 2/10/02, mas remetidos por correio, com registo em 30/9/02.

Mas porque estavam pendentes (em recurso para o Plenário) as acções de impugnação e os pedidos de suspensão de eficácia anteriores, os requerentes pediram que os novos pedido e acção fossem processados por apenso, configurando os pedidos como subsidiários.

O despacho do relator supra referido, bem como o acórdão que o confirmou, entendem, clara e expressamente, o pedido formulado como de apensação e como tal o indeferem, não contendo qualquer pronúncia sobre a acção de impugnação e o pedido de suspensão de eficácia das deliberações de 21/9/02.

Impunha-se, assim, que estes pedido e acção fossem autonomamente distribuídos e autuados; e não foi mais do que isto - embora referindo-se apenas à autuação na 5ª espécie - que o Presidente do Tribunal determinou pelo seu despacho de 14/11/02 que não se vê que enferme de qualquer ilegalidade (formalmente eram novos pedidos com objecto diverso, ainda que em termos de subsidiariedade); aliás, a determinação de autuação na 5ª espécie só cobrava sentido se se entendesse igualmente que os novos processos deveriam ser distribuídos autonomamente.

Foi o que, de resto, veio a suceder em 20/11/01, com a distribuição ao actual relator, muito embora com a irregularidade de se não ter atribuído novo número ao processo e se ter apensado aos autos anteriores.

Tal irregularidade veio a ser corrigida por despacho de 21/11/02 (fls. 92) com os fundamentos que aqui se dão por reproduzidos.

Ora, do que se deixou exposto e porque não há qualquer despacho de indeferimento liminar das petições apresentadas em 2/10/02 e remetidas pelo correio, com registo de 30/9/02 ou nulidade no despacho do Presidente do Tribunal de 14/11/02, a tempestividade dos novos pedidos há-de ser aferida pela data que se deve considerar como de entrada neste Tribunal, por força do disposto no artigo 150º nº 2 alínea b) do CPC, ou seja, 30/09/02.

E considerando as datas de notificação das deliberações (26/9/02 e 23/9/02, sendo 28 e 29/9 sábado e domingo) não se verifica a caducidade do direito de pedir a suspensão de eficácia das mesmas deliberações.

4 - Não se verifica, também, a invocada nulidade do despacho que mandou aperfeiçoar o requerimento de suspensão de eficácia.

Havendo lugar a despacho de citação, nada impede que o relator, verificadas deficiências formais no requerimento inicial, determine o aperfeiçoamento desse requerimento.

É certo que foram primeiramente apresentados, a petição e o requerimento inicial, reportados às deliberações de 21/9/02, em termos subsidiários; mas é legítimo que, uma vez (entretanto) transitada em julgado a decisão que não conheceu dos pedidos relativos às deliberações anteriores (pedido principal), os requerentes como que reduzam o pedido, por ocasião do aperfeiçoamento, passando a constituir único objecto as citadas deliberações de 21/9/02.

Se, porventura, mantivessem o (anterior) pedido principal, obviamente que a sua rejeição (por caso julgado) não impediria o prosseguimento do processo, para apreciação (se caso fosse) do (anterior) pedido subsidiário.

Não é, assim, ilegal o despacho de aperfeiçoamento.

5 - No que concerne à questão prévia relativa ao pedido de C, também não tem o requerido razão.

Antes do mais, impõe-se deixar claro que nem no Acórdão nº 361/02, nem no Acórdão nº 421/02 que confirmou o primeiro, se emitiu qualquer pronúncia, no sentido defendido pelo requerido, quanto à impugnabilidade da deliberação do Comité Central

do PCP ratificativa da deliberação do Secretariado do mesmo Comité Central, desde logo pela simples razão de ela ainda não ter sido proferida à data do primeiro acórdão.

Esta questão é meramente equacionada no Acórdão n.º 361/02, em termos acolhidos pelo Acórdão n.º 421/02, deixando-se em aberto - por, então, não ser necessária - a sua solução.

Escreveu-se no primeiro acórdão, depois de se entender como recorríveis para o Comité Central as deliberações de ratificação da Comissão Central de Controlo tomadas por delegação daquele órgão:

"E isto, aliás, independentemente de saber se, quando o órgão que ratifica a sanção disciplinar é o próprio Comité central, cabe ou não recurso para este órgão (com a virtualidade de permitir um certo contraditório para reapreciação por tal órgão interno ad quem) (...)".

Ficando, assim, claro que nada se decidiu sobre a questão, importa, depois, salientar que a situação em causa é substancialmente diversa da que se verifica nos casos em que a ratificação é proferida por órgão delegado do Comité Central. Nestes casos, o que subjaz aos acórdãos citados é, para os efeitos em causa, uma certa "desvalorização" - ou pelo menos um tratamento diverso daquele que é dado em direito administrativo - do instituto da delegação, quando esta é feita pelo Comité Central, fazendo prevalecer o poder que este órgão tem de modificar ou anular qualquer sanção, nos termos do artigo 63.º n.º 4 dos Estatutos do PCP.

Praticado, assim, o acto por outro órgão, ainda que por delegação, entendeu-se que não pode subtrair-se ao próprio órgão delegante (Comité Central) aquele poder de reexame da sanção imposta, de cujo exercício resultará a última palavra do PCP sobre a matéria - e, por isso, se impõe a impugnação da deliberação do órgão delegado para o órgão delegante.

Nada disto sucede quando foi já o próprio órgão Comité Central que ratificou a sanção, o que vale por dizer que esse órgão emitiu um juízo sobre a legalidade ou conveniência da medida imposta e a regularidade do procedimento que com ela culminou.

Não tem já sentido, como meio necessário para se esgotarem as vias internas da apreciação da validade e regularidade da sanção, o apelo ao mesmo órgão para rever o que este acabara de decidir de posse de todos os elementos necessários para um julgamento consciencioso e ponderado; isto, obviamente, sem prejuízo de, oficiosamente ou a requerimento do sancionado, poder sempre o Comité Central usar do poder que lhe confere o citado artigo 63.º n.º 4 dos Estatutos.

Improcede, assim, de igual modo, esta questão prévia.

6 - O artigo 103.º-E da LTC faculta aos interessados requerer, como preliminar ou incidente das acções reguladas nos artigos 103.º-C e 103.º-D (entre as quais se inclui a acção de impugnação de deliberações punitivas proferidas por órgãos partidários), a suspensão de eficácia das deliberações impugnáveis (ou impugnadas).

Trata-se de um procedimento cautelar ("medidas cautelares" é a epígrafe do artigo 103.º-E), paralelo ao que se encontra consagrado nos artigos 396.º e 397.º Código de Processo Civil para a suspensão das deliberações sociais (preceitos que, aliás, regulam, com as devidas adaptações, o citado pedido de suspensão de eficácia, nos termos do n.º 2 do artigo 103.º-E da LTC) e, também, de algum modo semelhante à suspensão de eficácia de actos administrativos, regulado no artigo 76.º e segs da LPTA.

Como medida cautelar, a providência de suspensão de eficácia visa prevenir a ocorrência de danos que provavelmente decorram da execução da deliberação punitiva antes de decidida com trânsito em julgado a acção de impugnação de que o procedimento depende.

Está, assim, em causa, o *periculum in mora* ou seja, o risco de a duração do processo frustrar (total ou parcialmente) o resultado que o autor visa alcançar com uma eventual sentença anulatória (neste sentido, e quanto à suspensão de deliberações sociais, cfr. Vasco da Gama Lobo Xavier "O conteúdo da providência das deliberações sociais" in Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXII, p. 214).

E certo que, diferentemente do que sucede com o pedido de suspensão de eficácia de actos administrativos, não é exigível, no pedido da medida em causa, a provável ocorrência de prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação - a lei impõe apenas a "probabilidade de ocorrência de danos apreciáveis". E isto não pode deixar de significar uma exigência relativamente menor, uma vez que os danos se podem considerar apreciáveis, sem que sejam irreparáveis ou de difícil reparação (neste sentido, considerando a fórmula "mais branda", cfr. José Alberto dos Reis "Código de Processo Civil anotado", I, 3ª edição -reimpressão, 1980, p.678)

Ligado à demora do processo, o dano apreciável (sério, com uma dimensão merecedora da tutela do direito) há-de ser imputável a essa demora. Escreveu, a propósito, Vasco da Gama Lobo Xavier (ob. cit. p.215):

"(...) esta possibilidade de dano a que a lei se refere não é toda e qualquer possibilidade de prejuízos que a deliberação ou a sua execução, em si mesma comportem, mas sim a possibilidade de prejuízos imputáveis à demora do processo de anulação. Não faria sentido que o legislador desse relevo, para efeitos da concessão da providência, à eventualidade de danos diferentes dos originados pelo retardamento da sentença naquela proferida.

E seguramente que são diversos, na sua medida e na sua configuração, os danos imputáveis à demora do processo anulatório e aqueles que, mais latamente, a deliberação, ou a sua execução, em si mesmas - isto é, de acordo com a sua eficácia própria, suposto esta não venha a ser eliminada por uma eventual anulação - são adequadas a produzir. Assim, por ex., a deliberação que amortiza uma quota acarreta para o respectivo titular o prejuízo correspondente à execução da sua participação social, na medida em que tal extinção não seja compensada pelo quantitativo atribuído como contrapartida. Mas o dano que para o titular deriva do retardamento da sentença de anulação do acto - e que há que ter em conta para fundamentar a suspensão para proceder à ponderação prevista no art. 397º n° 3 - é antes o dano resultante do não exercício dos direitos sociais até ao momento daquela sentença."

Esta doutrina veio, aliás, a ser seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça, como se vê do Acórdão de 20/5/97, in BMJ n° 467, pág. 529 e segs.

Tem, ainda, a jurisprudência dos nossos tribunais entendido pacificamente que visando a providência suspender a execução das deliberações sociais não pode ela ser decretada quando as deliberações se mostram já integralmente executadas. E é de assinalar que, também relativamente à suspensão de eficácia (então qualificada como suspensão de executoriedade) de actos administrativos, tempos houve em que idêntica doutrina foi acolhida pelos tribunais administrativos.

A questão poderia relevar no caso - e por isso ela se evoca - uma vez que, entendida em certos termos a execução de deliberações expulsivas, não carecem estas de actos subsequentes para produzirem todos os seus efeitos.

A verdade, porém, é que se inviabilizaria, com esta doutrina a suspensão de eficácia das medidas punitivas mais severas e por isso igualmente mais aptas a produzir efeitos danosos que a providência visa prevenir.

E o certo é que, nunca, perante medidas expulsivas (penas disciplinares de demissão e de inactividade), os tribunais administrativos inviabilizaram o decretamento da suspensão de eficácia com o fundamento de essas medidas se mostrarem já executadas.

Com efeito, se é certo que a medida disciplinar expulsiva não carece de actos subsequentes e complementares para produzir todos os seus efeitos, não menos o é que essa medida se configura, de algum modo, como de execução permanente implicando para o punido uma situação que se protela no tempo e se mantém no momento em que é requerida e decidida a providência; e, assim sendo, nada obsta a que o tribunal possa decretar a suspensão, evitando que os danos apreciáveis alegados, decorrentes da execução da deliberação punitiva, se produzam (ou se agravem).

Mas, de todo o modo, necessário se torna que esses danos sejam susceptíveis de prevenção com o decretamento da providência, ou seja, que eles se não tenham irreversivelmente consumado com a prolação da deliberação punitiva.

Finalmente, nesta matéria, sempre recairá sobre o requerente o ónus de concretizar ou especificar os factos que consubstanciem o(s) dano(s) alegado(s), sendo, assim, manifestamente insuficiente a sua identificação com alusões vagas e abstractas.

Para além do requisito que acabámos de analisar, resulta do artigo 103º-E da LTC em conjugação com o disposto no artigo 396º nº 1 do CPC que o deferimento do pedido de suspensão de eficácia está ainda condicionado à alegação e prova (ainda que sumária) pelo requerente de que a deliberação em causa enferma de ilegalidade, por violação de lei ou dos estatutos.

Como requisito negativo, impõe-se ainda que o prejuízo resultante da suspensão não seja superior ao que pode derivar da execução (artigo 397º nº 2 do CPC, por remissão do disposto no artigo 103º-E nº 2 da LTC).

Todos estes requisitos são, assim, de verificação cumulativa, pelo que a falta de um deles é suficiente para o malogro da pretensão.

Deixa-se, por fim, a nota de que se dispensa, no caso, a produção de prova requerida, uma vez que, necessariamente cingida à factualidade articulada pelos requerentes, dispõe o Tribunal de elementos suficientes para decidir o procedimento.

7 - Como se deixou relatado e agora melhor se concretiza, disseram os requerentes quanto aos danos resultantes das medidas disciplinares que lhes foram impostas:

"33º - As sanções aplicadas aos requerentes e a sua execução significam a amputação, num ápice, do direito de intervir e participar na vida partidária.

34º - Arrastando consigo o anátema próprio de qualquer expulsão ou suspensão e da imagem pública que tais decisões, inevitavelmente, acarretam.

35º - Tais danos assumem natureza não patrimonial, como é evidente, mas nem por isso deixam de relevar.

36º - Especialmente no meio social e político em que os requerentes se movem e culturalmente se inserem, estas deliberações de expulsão e de suspensão da

actividade partidária, significam, irreversivelmente, se executadas, a ablação de direitos fundamentais das suas concretas vivências.

37º - Basta atentar no senso comum para concluir que tanto as sanções expulsivas (aplicadas aos aqui 1º e 2º requerentes) como a sanção suspensiva (aplicada ao 3º requerente) contêm, objectiva e subjectivamente, ingredientes fortemente nefandos e frustrantes da vida cívica e política de quem, como os requerentes, abraçaram a militância activa e assumiram tamanhas responsabilidades partidárias.

38º - Parece inquestionável, em suma, que a execução das deliberações sub judice provocará aos requerentes danos violentos na sua esfera pessoal, cívica e política."

A estes danos fizeram os requerentes acrescer, no nº 9 do requerimento, "a aparente ilegitimidade do órgão máximo do Partido".

Ora, desde já, impõe-se afastar este último fundamento como pertinente à alegação de danos.

Trata-se, com efeito, de uma alegação que nada tem a ver com os danos cuja ocorrência (ou agravamento) os requerentes pretendem prevenir, mas, aparentemente, com a legalidade das deliberações.

Restam, assim, os danos invocados nos nºs 33 a 38, todos eles não patrimoniais, o que, obviamente, não lhes retira pertinência e sendo até os que, pela natureza das coisas, melhor se adequam ao tipo de deliberações em causa.

Isto não significa que se não imponha, como se disse, a alegação de factos concretizadores desses danos, não bastando para o efeito afirmações vagas e abstractas.

Ora, traço comum à invocação dos danos referidos, é, precisamente, o do seu carácter vago e abstracto (neste contexto, deve salientar-se a circunstância de, ao alegar o dano que consistiria na "amputação (...) do direito de intervir e participar na actividade partidária", os requerentes não indicarem um só acto especialmente relevante da vida interna do partido - eleições, congressos, conferências etc. - que, até à decisão final da acção de impugnação, se venha a realizar e em que, por via das deliberações impugnadas, os requerentes estejam impedidos de participar).

Decisiva é, porém, outra ordem de considerações para se não julgar preenchido o requisito da provável ocorrência de danos apreciáveis.

Na verdade, se, desde logo, o invocado "anátema" decorrente das penalidades aplicadas, atentas as razões que, para os requerentes lhes estão subjacentes, não é de todo incontroverso, certo é que sempre se tratará de um "dano" a que a pretendida suspensão de eficácia não poderá obviar.

Com efeito, não é da "execução" das medidas disciplinares que resulta o carácter supostamente infamante dessas medidas - ele decorrerá das próprias deliberações que as aplicaram e que não deixam de existir (ainda que desprovidas de eficácia por força do decretamento da providência) com o deferimento do pedido.

Sobre os requerentes e aos olhos dos militantes do PCP continuaria a recair o invocado "anátema", mesmo que, deferida a providência, eles regressassem à actividade partidária.

Por outro lado, e agora quanto à cessação desta actividade, ela é inerente à imposição de medidas disciplinares expulsivas ou suspensivas, pelo que, a ser bastante a sua

invocação como dano apreciável, mal se compreenderia que a lei não dispensasse a verificação do requisito quando estivesse em causa esse tipo de medidas.

Mas ainda quanto ao mesmo "dano" e tendo em particular conta o que os próprios requerentes abundantemente alegam, quer no requerimento da medida cautelar quer no pedido da acção de impugnação - com especial incidência nos supostos obstáculos, constrangimentos, ou obstruções, por parte dos órgãos dirigentes do PCP, ao regular desenvolvimento da actividade partidária dos requerentes - e mesmo desconsiderando, nesta fase, o que o PCP invoca sobre um pretenso abandono voluntário dessa mesma actividade, seria no mínimo duvidoso que, também aqui, a suspensão de eficácia obviasse a esse invocado dano.

Não se pode, assim, dar como verificado o requisito da provável ocorrência de danos apreciáveis decorrentes da execução das deliberações impugnadas, o que, como se disse, basta para indeferir a medida cautelar requerida.

8 - Decisão:

Pelo exposto e em conclusão, decide-se indeferir o pedido de suspensão de eficácia das deliberações impugnadas.

Lisboa, 9 de Janeiro de 2003

Artur Mauricio

Maria Helena Brito

Pamplona de Oliveira

Luís Nunes de Almeida

José Manuel Cardoso da Costa

Foro Constitucional Iberoamericano

Tribunal Constitucional ACÓRDÃO N.º 81/2003

Proc. N.º 628/01

Proc. N.º 370/02 (Incorporado) Acórdão n.º 81/03

Plenário

Relator: Cons. Gil Galvão

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional:

I - Relatório

1. Requerentes e Pedidos

A) Proc. N.º 628/01

1.1 O Procurador-Geral da República, com a legitimidade que lhe confere a alínea e), do n.º 2, do artigo 281º da Constituição da República Portuguesa, vem requerer a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral:

da norma constante do artigo 24º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro - embora, em rigor, se verifique que o pedido se dirige ao artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A -, na parte em que adaptou, dando-lhe nova redacção, o artigo 24º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril;

de todas as normas que integram o Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, que aprovou o Regulamento de Concursos do Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensino Básico e Secundário na Região Autónoma dos Açores.

Posteriormente, em complemento deste pedido, o requerente solicitou, ainda, a apreciação da constitucionalidade da nova redacção conferida pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, às normas constantes dos artigos 23º e 43º do mesmo Regulamento.

B) Proc. N.º 370/02

1.2. O Provedor de Justiça, com a legitimidade que lhe confere a alínea d), do n.º 2, do artigo 281º da Constituição da República Portuguesa, vem requerer a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral:

da norma contida no artigo 24º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, na redacção que lhe foi introduzida pelo artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, que o adaptou à Região Autónoma dos Açores;

de todas as normas em vigor do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, a saber, das normas da versão originária deste diploma que permaneceram inalteradas após a entrada em vigor do Decreto Regulamentar Regional

n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, bem como daquelas que foram alteradas e aditadas por este último decreto regulamentar regional;

das normas constantes dos seguintes artigos do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro:

artigo 10º, n.º 1, n.º 4, alíneas a) e b), n.º 5, alíneas a) e b), n.º 6, alíneas a) e b), e artigo 25º, n.º 1, n.º 4, alíneas a) e c), e n.º 5, alíneas a), c) e e),

artigo 23º, n.º 4, alíneas a) a d), e artigo 43º, n.º 1 e n.º 4, alíneas a) e b), na redacção que lhes foi dada pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A;

das normas constantes dos artigos 23º, n.º 4, alíneas a) a d), e 43º, n.º 4, alínea a), do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, na redacção que lhes foi dada pelo artigo 1º do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro.

2. Conteúdo das Normas

O artigo 24º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 30 de Abril (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 105/97, de 29 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 1/98, de 2 de Janeiro de 1998), dispõe:

Artigo 24.º

Regulamentação

A regulamentação dos concursos previstos no presente Estatuto será objecto de decreto regulamentar, mediada a participação das organizações sindicais de pessoal docente.

O artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A alterou a redacção do artigo 24º daquele Estatuto nos termos seguintes:

Artigo 24.º

Regulamentação

A regulamentação dos concursos previstos no presente Estatuto será objecto de decreto regulamentar regional, com a participação das organizações sindicais de pessoal docente.

Por sua vez, ao abrigo desta habilitação, o Governo Regional emitiu o Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, o qual veio regulamentar os mecanismos do concurso de pessoal docente dos quadros da Região Autónoma dos Açores. Este diploma veio, por sua vez, a ser alterado pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, deles constando as restantes normas indicadas, nomeadamente os artigos 23º e 43º do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, na redacção que lhes foi dada pelo artigo 1º do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, cujo teor é o seguinte:

Artigo 23.º

Candidatos

1 - Podem ser opositores ao concurso externo:

a) Docentes dos quadros de escola e de zona pedagógica que pretendam mudar de grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade;

b) Indivíduos detentores de habilitação profissional adequada para o exercício da actividade docente.

2 - Exclusivamente para os quadros de zona pedagógica, podem candidatar-se indivíduos portadores de habilitação própria, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 - Condicionado à disponibilidade de meios humanos e materiais para garantia do processo de profissionalização em exercício, nos termos estabelecidos no artigo 122.º do Estatuto da Carreira Docente, e com o objectivo de satisfazer necessidades de grupos carenciados, podem ser fixados por portaria do secretário regional que tutele o sector da educação contingentes de lugares nos quadros de zona pedagógica, a serem preenchidos por indivíduos portadores de habilitação própria, nos termos da lei em vigor.

4 - Podem concorrer a provimento por período não inferior a três anos, nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 25º do presente Regulamento, os candidatos que satisfaçam, pelo menos, uma das seguintes condições:

a) Tenham sido bolseiros da Região Autónoma dos Açores durante pelo menos um dos anos lectivos do curso que lhes confere habilitação para a docência;

b) Tenham realizado o estágio profissionalizante, mesmo quando este não seja remunerado, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores;

c) Tenham prestado pelo menos três anos de serviço docente, como docente profissionalizado, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores;

d) Tenham acedido ao ensino superior, para o curso que lhe confere habilitação para a docência, integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores.

5 - Os opositores ao concurso devem preencher os requisitos gerais e específicos constantes do artigo 22.º do Estatuto da Carreira Docente.

6 - No âmbito da afectação às escolas em lugares disponíveis não considerados para efeito do concurso interno, os docentes dos quadros de escola que pretendam ser opositores em situação de prioridade devem candidatar-se nos termos do disposto no artigo 35.º do presente Regulamento.

Artigo 43.º

Ordenação de candidatos

1 - A ordenação dos candidatos faz-se de acordo com a graduação profissional e académica, considerando os critérios de prioridade constantes do presente artigo.

2 - Para efeitos de graduação profissional constante do artigo 11.º do presente Regulamento, ter-se-á em conta a classificação profissional e o número de anos de serviço docente.

3 - Para efeitos de graduação académica constante do artigo 12.º do presente Regulamento, ter-se-ão em conta as classificações académicas e o número de anos de serviço docente, considerando, ainda, os escalões das habilitações próprias e suficientes, fixados na legislação em vigor.

4 - Na ordenação dos candidatos consideram-se as seguintes prioridades:

- a) Candidato detentor de habilitação profissional, não pertencente aos quadros, que tenha sido opositor aos concursos externos para quadro de escola e ou quadro de zona pedagógica, concorrendo a provimento por período não inferior a três anos, e que se candidata nessa qualidade;
- b) Candidato detentor de habilitação profissional, não pertencente aos quadros, que se encontre em qualquer das condições estabelecidas no n.º 4 do artigo 23º do presente Regulamento, e que se candidata nessa qualidade;
- c) Candidato detentor de habilitação profissional, não pertencente aos quadros, que tenha sido opositor aos concursos externos para quadro de escola e ou quadro de zona pedagógica, e que se candidata nessa qualidade;
- d) Candidato detentor de habilitação profissional, não pertencente aos quadros, e que se candidata nessa qualidade;
- e) Candidato que tenha concorrido ao concurso externo para os quadros de zona pedagógica, com habilitação própria e que se candidata nessa qualidade;
- f) Candidato portador de habilitação própria que se candidata nessa qualidade;
- g) Candidato que tenha concorrido ao concurso externo para os quadros de zona pedagógica, com habilitação própria, para um grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade e que se candidata a outro grupo na qualidade de portador de habilitação suficiente;
- h) Candidato portador de habilitação suficiente que deseje ser colocado em grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade para que possua essa habilitação.

3. Fundamentação dos Pedidos

A) Proc. n.º 628/01:

3.1. No seu pedido inicial, o Procurador-Geral da República considerou que a norma constante do artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, na parte em que introduziu uma modificação na redacção do artigo 24º do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, estava afectada de "inconstitucionalidade orgânica", por violação das disposições conjugadas dos artigos 227º, n.º 1, alínea d), e 232º, n.º 1, da Constituição, daí decorrendo, "consequencialmente", a "inconstitucionalidade orgânica" de todas as normas editadas ao abrigo de tal preceito, designadamente das constantes do Decreto Regulamentar Regional n.º 1/A/2000/A, de 3 de Janeiro.

Posteriormente, tendo o regulamento constante do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, sido modificado pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, veio o Procurador-Geral da República requerer, em complemento do pedido anterior, a apreciação da constitucionalidade da nova redacção das normas constantes dos artigos 23º e 43º do Regulamento de Concurso

do Pessoal Docente da Educação do Pré-Escolar e Ensino Básico e Secundário, conferida por aquele último Decreto Regulamentar Regional, por traduzir igual exercício pelo Governo Regional do poder de regulamentar uma lei geral da República, emanada de um órgão de soberania, em violação do disposto nas disposições conjugadas dos artigos 227º, n.º 1, alínea d), e 232º, n.º 1, da Constituição.

Fundamentou assim o seu pedido original:

"[...] O Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, aprovou o Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores do Ensino Básico e Secundário, estabelecendo o artigo 24º que a regulamentação dos concursos visando o recrutamento e selecção de pessoal docente será objecto de decreto regulamentar, mediante participação das organizações sindicais interessadas.

O Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, veio adaptar à Região Autónoma dos Açores o mencionado Estatuto - no uso da competência dos órgãos de Governo próprio das regiões, afirmada pelo artigo 5º do Decreto-Lei n.º 139-A/90 - prescrevendo que a regulamentação daqueles concursos seria objecto de decreto regulamentar regional - tendo tal tarefa sido efectivamente realizada pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, que aprovou o referido regulamento de concurso do pessoal docente.

O artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, na parte em que confere redacção adaptada ao artigo 24º do Estatuto aprovado pelo citado Decreto-Lei n.º 139-A/90, padece de manifesta inconstitucionalidade orgânica.

Na verdade, resulta das disposições conjugadas dos artigos 227º, n.º 1, alínea d), e 232º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa que é da exclusiva competência da assembleia legislativa regional o exercício da atribuição de regulamentar as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar.

Pelo que [...] é manifesto que o Governo Regional carece, em absoluto, de competência para regulamentar um decreto-lei que se configura como "lei geral" da República [...].

E sendo consequencialmente inconstitucionais, pelo mesmo fundamento, todas as normas constantes do regulamento editado ao abrigo de tal "lei habilitante" - e que integram o Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro"

E acrescentou no pedido complementar:

"[...] Na verdade, sendo da exclusiva competência da assembleia legislativa regional o exercício da atribuição de regulamentar as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar, estão naturalmente afectadas de inconstitucionalidade orgânica as normas que consubstanciem a atribuição ou o exercício por parte do Governo Regional de competência para regulamentar um decreto-lei que se configura como "lei geral da República"[...]."

B) Processo 370/02:

3.2. Por sua vez, o Provedor de Justiça enunciou, no seu pedido, diversas questões de inconstitucionalidade.

a) Inconstitucionalidade material da norma constante do artigo 24º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores do Ensino Básico e Secundário adaptado à Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, na redacção que lhe foi introduzida pelo artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro.

O Provedor teceu, a este propósito, as seguintes considerações:

"[...] O Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, que aprova,[...], o Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores do Ensino Básico e Secundário, consubstancia, no quadro constitucional em vigor à data da respectiva publicação, e para efeitos designadamente do estatuído no então art.º 115º, n.º 4, da Lei Fundamental, na sua versão de 1989, uma lei geral da República.

Conforme referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (in "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição revista, 1993, p. 509), "a definição constitucional [de lei geral da República] aponta para um conceito material de lei geral da República, isto é, uma lei que contém uma disciplina material, mais ou menos desenvolvida, de interesses globais extensivos a todo o território nacional".

É o que indubitavelmente sucede com o Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário.

[...]

Apesar de a exigência formal estabelecida novamente pelo actual art.º 112º, n.º 5, in fine, da Constituição, na redacção introduzida em 1997, não ser aplicável ao diploma em causa, por lhe ser anterior, sempre se dirá que o Decreto-Lei n.º 139-A/90, através do seu já citado art.º 5º, previu expressamente a respectiva aplicação às Regiões Autónomas, do que se infere, naturalmente e no contexto em análise, a sua aplicação a todo o território nacional.

Por outro lado, da leitura conjugada dos art.ºs 33º, n.º 1, alínea a), 2ª parte, 34º, n.º 1, parte final, 60º, alínea o), e 61º, n.º 1, do Estatuto Político-Administrativo dos Açores, aprovado pela Lei n.º 39/80, de 05 de Agosto, e subsequentes alterações, resultará a intenção do legislador regional de cometer ao Governo Regional - na medida em que determina que a mesma seja feita através de decreto regulamentar regional - a regulamentação a que alude o art.º 24º do Estatuto vigente para aquela Região, após a redacção que lhe foi dada pelo art.º 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A.

Na verdade, estabelecem as normas do Estatuto regional em causa uma relação biunívoca entre forma e órgão, reservando a forma de decreto regulamentar regional para actos do Governo autonómico.

Assim sendo, muito embora surjam sérias dúvidas sobre a compatibilidade de tal reserva com a Constituição, na medida em que o art.º 278º, n.º 2, da Lei Fundamental claramente prevê a existência de decretos regulamentares regionais de lei geral da República, logo da competência exclusiva da Assembleia Legislativa Regional, a verdade é que, no quadro do actual Estatuto Autonómico, a remissão para a forma de decreto regulamentar regional corresponde à atribuição do tratamento normativo da questão para a esfera do Governo Regional.

Em consequência, a regulamentação dos concursos em apreço veio a ser concretizada, pelo Governo Regional, através do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, entretanto alterado pelo art.º 1º do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A [...]

Deste modo, o legislador regional permitiu que o Governo Regional dos Açores viesse a regulamentar um conjunto de disposições de uma lei geral da República, o Decreto-Lei n.º 139-A/90 [...], ao arrepio dos comandos constitucionais contidos conjugadamente nos art.ºs 232º, n.º 1, e 227º, n.º 1, alínea d), 2ª parte, da Lei Fundamental, que atribuem às Assembleias Legislativas Regionais a competência exclusiva na regulamentação das leis gerais emanadas dos órgãos de soberania.

Refira-se ainda, a propósito da adaptação do Estatuto em análise à Região Autónoma dos Açores, proporcionada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, e conforme atestam os autores da Constituição anotada já citada, "as leis gerais da República valem nas regiões por si mesmas, independentemente de acto de recepção ou de transformação regional; e mesmo que sejam "transcritas" em diploma regional, isso não lhes retira a sua qualidade de leis gerais da República" (Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., p. 854) [...]."

E, citando ainda o Acórdão n.º 278/01 deste Tribunal, concluiu o Provedor de Justiça pela inconstitucionalidade material do artigo 24º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, na redacção introduzida pelo artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, na medida em que remete a regulamentação de uma lei geral da República para acto do Governo Regional, por violação do disposto no artigo 232º, n.º 1, conjugado com o disposto no artigo 227º, n.º 1, alínea d), 2ª parte, da Constituição.

b) Inconstitucionalidade orgânica de todas as normas contidas no Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, na redacção introduzida pelo artigo 1º do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro.

Fundamentou assim esta questão:

"Assente que parece estar, [...] a inconstitucionalidade do art.º 24º do Estatuto, na sua redacção aplicável à Região Autónoma dos Açores, é forçoso concluir pela inconstitucionalidade orgânica de todas as normas constantes do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 03 de Janeiro, tanto na redacção originária como na que lhes foi concedida pelo art.º 1º do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, por violação igualmente das disposições conjugadas constantes dos art.ºs 232º, n.º 1, e 227º, n.º 1, alínea d), 2ª parte, da Constituição."

Todavia, para o caso de assim se não entender, o Provedor suscitou ainda outras questões de inconstitucionalidade.

c) Inconstitucionalidade orgânica das normas constantes do artigo 10º, n.º 1, n.º 4, alíneas a) e b), n.º 5, alíneas a) e b), n.º 6, alíneas a) e b), do artigo 25º, n.º 1, n.º 4, alíneas a) e c), n.º 5, alíneas a), c) e e), do artigo 23º, n.º 4, alíneas a) a d), e do artigo 43º, n.º 1 e n.º 4, alíneas a) e b), do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, na redacção introduzida pelo artigo 1º do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro.

Considerou o Provedor que estas normas introduziram, "no âmbito da matéria que regulamentam - os concursos previstos no Estatuto da Carreira do Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário - uma verdadeira disciplina jurídica inovadora", ao estabelecer "critérios de prioridade na ordenação dos candidatos", bem como ainda "requisitos de candidatura à referida prioridade não previstos no mencionado Estatuto".

"[...] Não entrando, para já, em outros aspectos destas normas que revelam eventual desconformidade à Constituição [...], não pode deixar de concluir-se [...], que a disciplina jurídica introduzida pelo Governo Regional no âmbito da matéria que envolve os concursos e contratos administrativos para os educadores de infância e professores dos ensinos básico e secundário dos estabelecimentos de educação ou de ensino públicos dos Açores, nos termos acima explicitados, é manifestamente inovadora face ao regime que consta do Estatuto em discussão, independentemente da admissibilidade, no plano constitucional, da pretensa adaptação à Região Autónoma, pelo Decreto Legislativo Regional 16/98-A.

[...]

A regulamentação levada a cabo pelo Governo Regional dos concursos previstos no Estatuto em discussão é, não só inovadora - introduzindo, [...], critérios de prioridade na ordenação dos candidatos e condições de acesso a essas prioridades não previstos na lei geral -, como alicerçada na invocação do interesse específico da Região em causa.

[...]

Estabelecendo disciplina jurídica inovadora quanto à matéria dos concursos previstos no Estatuto em análise, invocando para tal o interesse específico da Região, [...] fez em termos substantivos o Governo Regional uso de uma das atribuições conferidas pela Constituição às Regiões Autónomas - a de legislar em matérias de interesse específico para aquelas, prevista no art.º 227º, n.º 1, alínea a), da Lei Fundamental - mas cujo exercício lhe está também constitucionalmente vedado, cabendo em exclusivo à Assembleia Legislativa Regional (cf. art.º 232º, n.º 1, conjugado com o citado art.º 227º, n.º 1, alínea a), do texto fundamental)."

E concluiu assim pela inconstitucionalidade orgânica das normas indicadas, por violação das disposições conjugadas constantes dos artigos 232º, n.º 1 e 227º, n.º 1, alínea a), da Constituição.

d) Inconstitucionalidade material das normas contidas no artigo 23º, n.º 4, alíneas a) e d), no artigo 43º, n.º 4, alínea a), do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, na redacção introduzida pelo artigo 1º do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/, de 21 de Janeiro.

Considerou o Provedor que o teor das normas indicadas contrariava o disposto no artigo 13º da Constituição, pois que "as condições impostas pelo art.º 23º, n.º 4, do diploma regulamentar em apreciação - ao permitirem que os cidadãos colocados em determinadas circunstâncias obtenham prioridade na respectiva colocação, em prejuízo daqueles que não as preenchem, e possibilitando assim que docentes com habilitações profissionais e académicas superiores sejam preteridos nessa colocação por candidatos que reúnem condições profissionais e académicas inferiores - promovem uma verdadeira diferenciação no tratamento da situação que visam regulamentar", restando apurar se tal "medida de diferenciação" se mostraria legítima ou não.

Reconhecendo embora a legitimidade, do ponto de vista constitucional, do objectivo do Governo Regional, ou seja, o da "estabilização dos quadros docentes dos Açores, com vista à promoção da educação e da qualidade do ensino na Região", não deixou de concluir pela impossibilidade de "afirmar que a medida normativa em foco, tal como delineada pelo órgão regional, se revelará necessária e adequada à prossecução de tal objectivo", antes se configurando como "uma solução desproporcionada e incongruente face ao fim almejado".

Passou então a analisar em concreto essas medidas adoptadas, concluindo seguidamente que "em vez de ter sido concebido um conjunto de medidas de incentivo à permanência de docentes na Região", complementando-as com medidas sancionatórias para os casos de incumprimento, o Governo Regional veio, através da alteração introduzida pelo artigo 1º do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, limitar ainda mais - face à anterior redacção, introduzida pelo artigo 2º do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A - "as possibilidades de ver satisfeito o seu objectivo de estabilização do ensino na Região". E afirmou ainda, concluindo pela inconstitucionalidade das referidas normas:

"[...] a solução legal consubstanciada no actual art.º 23º, n.º 4, alíneas a) e d), do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, não só não se revelará necessária à prossecução do fim que a mesma visou alcançar, como se mostrará até, [...] desadequada, logo desproporcionada, face ao objectivo que a fundamentou.

[...]

O conteúdo do art.º 23º, n.º 4, não constitui qualquer ordenação de prioridades ou de preferências, antes esgota o universo possível de opositores aos concursos que visa regular, em termos de gozo de determinada prioridade.

[...]

Ao limitar o universo possível de opositores nessas condições, está a norma ora impugnada a transformar essa prioridade na concessão arbitrária de facilidade no acesso a cargos públicos.

[...]

Tal solução, constante do art.º 23º, n.º 4, do Decreto Regulamentar, não tem, nos termos expostos, justificação material, ultrapassando os limites da discricionariedade impostos ao legislador, e revelando-se desta feita manifestamente arbitrária, em violação do preceituado nos arts.º 13º e 2º da Constituição.

A argumentação exposta serve ainda para fundamentar a violação do princípio da igualdade no acesso à função pública, consubstanciado no art.º 47º, n.º 2, da Lei Fundamental.

[...]

A violação dos princípios da exigibilidade, adequação, e proporcionalidade da medida legislativa de que nos ocupamos, [...] torna ilegítima uma eventual restrição que se pretendesse fazer operar no âmbito do direito em foco, com tradução no preceituado no art.º 23º, n.º 4, do Decreto Regulamentar em análise - restrição essa que sempre seria formalmente ilegítima, atenta a reserva de lei que enquadra constitucionalmente as restrições aos direitos, liberdades e garantias, cuja previsão normativa não está na disponibilidade das Regiões Autónomas, muito menos ao alcance do poder regulamentar destas.

Raciocínio idêntico pode ser aplicado à norma contida no art.º 43º, n.º 4, a), do mesmo diploma, sendo certo que a mesma concede um benefício adicional a quem se pôde candidatar ao abrigo do disposto no art.º 23º, n.º 1, a) ou b), no âmbito da enumeração taxativa prevista no art.º 23º, n.º 4, tudo do diploma ora em apreço.

Assim, os art.ºs 23º, n.º 4, alíneas a) a d), e 43º, n.º 4, alínea a), do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 03 de Janeiro, na versão hoje vigente, são inconstitucionais igualmente por violação das normas conjugadas constantes dos art.ºs 47º, n.º 2, e 18º, n.º 2, da Lei Fundamental."

4. Respostas dos Órgãos Autores das Normas

A) Proc. n.º 628/01:

4.1. O Presidente da Assembleia Legislativa dos Açores não apresentou qualquer resposta.

4.2. O Presidente do Governo Regional dos Açores veio, na respectiva resposta, juntar parecer do Professor Doutor Jorge Miranda e manifestar o entendimento de que o caso das normas em apreço "[...] insere-se de pleno na hipótese descrita de emanção de lei geral da República seguida de decreto legislativo regional - de lei geral da República que, por sinal, expressamente (e, porventura, sem precisar de o fazer), reconhece a competência própria do órgão de governo das Regiões Autónomas (artigo 5º do Decreto-Lei n.º 139-A/90, não deixado de mencionar pelo Procurador-Geral da República); e esta competência própria abrange tanto a legislativa como a regulamentária".

No referido parecer, por seu turno, afirma-se, nomeadamente:

"[...] Que sucede quando sobre a mesma matéria dispõem, simultaneamente, lei geral da República e decreto legislativo regional? Um regulamento regional que se torne necessário deve referir-se à lei geral da República ou ao decreto legislativo regional?

Parece óbvio que se trata de regulamentação da legislação regional, até porque o poder regulamentário regional, não menos que o legislativo, pressupõe interesse específico. O diploma vem na sequência de decreto legislativo regional conexo com as suas normas e para as executar. E não se enxerga por que não deva ser assim, quer o decreto legislativo exequendo seja emanado pela Assembleia Legislativa sponte sua, seja para o efeito de adaptações previstas em lei geral da República.

Logo, o órgão competente, em qualquer caso, para fazer tal regulamento só pode ser o Governo Regional.

A atribuição de competência regulamentar à Assembleia Legislativa representa a priori um desvio ao princípio orgânico-formal da separação de poderes, visto que funções de natureza administrativa, em princípio, não devem caber a órgão de tipo parlamentar.

Ela resulta, porém, da dificuldade de discernir, em todas as circunstâncias, entre decisão legislativa complementar de outra decisão legislativa e execução regulamentar de decisão legislativa primária. E decorre da proeminência que a Constituição confere à Assembleia Legislativa dentro do sistema político regional (231º, n.º 3, 230º, n.º 4 e 232º).

O que se pretende é que seja a Assembleia Legislativa Regional a fazer a mediação entre a lei geral da República e a vida política, económica, social e cultural da Região. O que se pretende é que as normas regionais de correlação imediata com a lei geral da República provenham da Assembleia Legislativa Regional.

Ora, este desiderato tanto fica alcançado com a emissão de decreto regulamentar de regulamentação de lei geral como fica realizado com a publicação de decreto legislativo regional definidor de especialidades ou de adaptações regionais.

[...]

Em suma: tudo consiste, justamente, em saber se houve ou não mediação ou interposição da Assembleia Legislativa:

- a) Se à lei geral da República se segue regulamento sem interposição de lei regional, a competência regulamentária pertence à Assembleia Legislativa;
- b) Se se conjugam lei geral da República e decreto legislativo regional, a competência regulamentária é do Governo Regional. [...]"

E, após descrever o enquadramento normativo em causa, concluiu-se:

"[...] Aquilo que se passou foi a sucessão de três actos normativos: primeiro, uma lei geral da República; a seguir, uma lei regional que levou a cabo a adaptação de alguns dos seus preceitos à Região Autónoma; e, por último, um decreto regulamentar regional. Três actos normativos providos de três órgãos diferentes e adequados à sua natureza: o Governo da República, a Assembleia Legislativa Regional e o Governo Regional.

Em relação directa e imediata com a lei geral da República encontra-se, por conseguinte, o decreto legislativo regional. Este não é um diploma de execução do Decreto-Lei n.º 139-A/90 (com as alterações supervenientes que sofreu), mas sim do Decreto legislativo regional n.º 16/98/A.

Não há aqui a regulamentação de uma lei geral da República, mas tão só a regulamentação de uma lei regional, conforme o art. 227º, n.º 1, alínea d) da Constituição admite. [...]"

Relativamente ao pedido complementar, o Presidente do Governo Regional dos Açores reiterou, na respectiva resposta, a posição já anteriormente adoptada quanto às restantes normas.

B) Proc. n.º 370/02:

4.3. O Presidente da Assembleia Legislativa Regional, na resposta, começou por procurar demonstrar, por um lado, a existência de interesse específico relativamente à matéria em questão e, por outro, que a matéria em causa não se encontra reservada aos órgãos de soberania. De seguida, constatando que a competência legislativa e regulamentar dos órgãos de governo próprio da Região não se encontra inibida pela emissão de uma lei geral da República, considerou que "o que se pretende é que seja a Assembleia Legislativa Regional a fazer a mediação entre a lei geral da República e a vida política, económica, social e cultural da Região", ou seja, "que as normas regionais de correlação imediata com a lei geral da República provenham da Assembleia Legislativa Regional". Mediação esta que teria, no caso concreto, ficado assegurada, conforme esclarece:

"[...] E esta interposição da Assembleia Legislativa Regional ficou assegurada com a adaptação regional produzida pelo Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro. Este não é um diploma de execução do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, mas sim uma norma emanada da Assembleia Legislativa Regional.

No caso vertente não há a regulamentação de uma lei geral da República, mas tão só a regulamentação de uma lei regional, em conformidade com o admitido no art. 227º, n.º 1, al. d), 1ª parte, e art. 232º, n.º 1, a contrario.

Pelo que o Governo Regional está organicamente habilitado para emitir os respectivos decretos regulamentares de execução. [...]"

E, seguindo, aliás, de perto uma informação do Dr. Jorge Pereira da Silva, junta na resposta do Presidente do Governo Regional, apontou ainda outra razão para justificar esta possibilidade:

" [...] Na verdade, podendo a Assembleia Regional legislar nesta matéria, pode também limitar-se a fazer adaptações de carácter orgânico - a organização da Administração regional e dos serviços nela inseridos é, aliás, matéria de interesse específico, nos termos da alínea n) do artigo 228º da Constituição -, confiando a intervenção legislativa àquilo que, no essencial, já resultaria do artigo 5º do DL n.º 139-A/90, de 28 de Abril.

Não sendo esta matéria considerada de reserva de lei, a Assembleia Legislativa Regional pode, no uso da sua liberdade de conformação, optar por fazer uma mera adaptação orgânica, remetendo para o Governo Regional a regulamentação da matéria, ou proceder, ela própria, à emanação do regulamento em questão. [...]"

Finalmente, encerrou a sua resposta formulando as seguintes conclusões:

"1. O regime dos concursos do pessoal docente não constitui matéria reservada à competência legislativa da Assembleia da República, pelo que o Decreto Legislativo Regional n.º 16/89/A, de 6 de Novembro, não é organicamente inconstitucional.

2. O poder regulamentar atribuído ao Governo Regional pelo art. 24º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/89/A, de 6 de Novembro não ofende a competência reservada à Assembleia Regional, atribuída pelos arts.º 227º, n.º 1, al. d) e 232º, n.º 1, da CRP, porque a lei habilitante é "legislação regional".

3. O Governo Regional publicou o Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, alterado pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, apenas regulamentou o Decreto Legislativo Regional n.º 16/89/A, de 6 de Novembro, e não o Decreto-Lei n.º 139/A/90, de 28 de Abril, pelo que aquela regulamentação é constitucional."

4.4. O Presidente do Governo Regional juntou, na sua resposta, cópia do mesmo parecer do Professor Doutor Jorge Miranda junto à resposta no Processo n.º 628/01 e, ainda, um parecer dos Professores Doutores Sérvulo Correia e Rui Medeiros, bem como a já referida informação do Dr. Jorge Pereira da Silva, Adjunto do Gabinete do Ministro da República para a Região Autónoma dos Açores.

O Parecer dos Professores Doutores Sérvulo Correia e Rui Medeiros debruçou-se apenas sobre a questão da inconstitucionalidade material, por confronto com o princípio da igualdade. Começando por distinguir a fiscalização da constitucionalidade do "controlo do mérito da legislação", passou depois a analisar as condições estabelecidas pelas normas sindicadas, para concluir pela legitimidade dos fins, jurídico-constitucionalmente tutelados, prosseguidos pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro. Formulou, nomeadamente, a seguinte conclusão:

"[...] a preferência introduzida no Regulamento Regional de Concurso do Pessoal Docente pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A não constitui uma

preferência absoluta, só valendo, à partida, entre candidatos que se encontrem, [...] na mesma categoria [...] apontando antes no sentido da existência de um fundamento material razoável para a solução adoptada pelo Governo Regional. [...]"

Por sua vez, a informação elaborada pelo Dr. Jorge Pereira da Silva começou por afirmar que, no tocante à questão da competência regulamentar regional, a "bipartição da alínea d) do n.º 1 do artigo 227º entre regulamentar a "legislação regional" e regulamentar as "leis gerais emanadas dos órgãos de soberania", com a consequente repartição de competência entre o órgão executivo e o órgão legislativo, não é tão clara como [...] pode parecer". Entendeu que esses termos da "bipartição" "carecem de ser interpretados devidamente", concluindo que "por "legislação regional", se deve entender não apenas os decretos legislativos regionais, mas também aquelas leis e decretos-leis que tenham o seu âmbito territorial de aplicação limitado a uma ou a ambas as regiões autónomas". Aplicando o mesmo critério do "âmbito espacial de localização" às leis gerais emanadas dos órgãos de soberania, considerou que estas não são apenas as "leis gerais da República", "mas também as leis emanadas ao abrigo de uma competência absoluta ou relativamente reservada e, bem assim, as leis e decretos-leis que, versando sobre matéria concorrencial, se aplicam nas regiões autónomas em virtude do princípio da supletividade da legislação estadual, próprio dos Estados unitários".

Prosseguiu assim o seu raciocínio:

"[...] [há] situações de fronteira, em que está em causa a regulamentação de complexos normativos em que existem simultaneamente diplomas nacionais (leis ou decretos-leis) e decretos legislativos regionais. É o que sucede, designadamente, quando um decreto legislativo regional procedeu à adaptação, em função das especificidades regionais, de um determinado regime aplicável à generalidade do território nacional. [...]"

Para essas situações defendemos, [...] a necessidade de "separar com rigor aquilo que constitui regulamentação das adaptações estabelecidas no diploma regional e aquilo que ainda é regulamentar o diploma regional". [...] Ou o decreto legislativo regional se interpõe, efectivamente, entre o diploma nacional e o diploma regulamentar regional, estabelecendo uma solução diferente, ou então as faculdades regulamentárias pertencerão à Assembleia Legislativa Regional.

Cremos, em todo o caso, que na dúvida, deve prevalecer a competência do Governo Regional. Na verdade, afigura-se-nos que a competência regulamentar da Assembleia Legislativa Regional se deve considerar excepcional, devendo, por isso, ser entendida em termos restritivos. [...]"

O caso vertente é, [...] um caso de fronteira. [...]"

Uma coisa parece certa. É que o artigo 24º do ECD não pode ser interpretado no sentido de reservar aos órgãos de soberania (isto é, ao Governo da República) a regulamentação em causa, conforme previsto na segunda parte da alínea d) do n.º 1 do artigo 227º.

[...]"

Mas existe uma outra razão pela qual se nos afigura possível que a Assembleia Legislativa Regional remeta para o Governo Regional as faculdades regulamentares previstas no artigo 24º do ECD. Na verdade, podendo [...] as assembleias regionais legislar nesta matéria, podem também limitar-se a fazer adaptações de carácter orgânico - a organização da Administração regional e dos serviços nela inseridos é, aliás, matéria de interesse específico, nos termos da alínea n) do artigo 228º da Constituição -, confiando a intervenção legislativa àquilo que, no essencial, já

resultaria do artigo 5º do DL n.º 139-A/90, de 28 de Abril. Apesar de se apresentar na fronteira entre a regulamentação de uma lei geral emanada de um órgão de soberania - o ECD - e de uma lei regional - o DLR n.º 16/98/A, de 6 de Novembro -, a situação em causa acaba por pender mais para a regulamentação da legislação regional porque o artigo 24º foi objecto de uma adaptação concreta de carácter orgânico. Não sendo a matéria de reserva de lei - o próprio artigo 24º do ECD o demonstra -, a Assembleia Legislativa Regional pode, no uso da sua liberdade de conformação, optar por fazer uma mera adaptação orgânica, remetendo para o Governo Regional a regulamentação da matéria, ou proceder, ela própria, à emanação do regulamento em questão. [...]"

E, relativamente à questão da inconstitucionalidade material, atinente a uma eventual violação do princípio da igualdade, colocou a questão em termos de determinar se, "para efeitos de acesso aos quadros do pessoal docente da Região Autónoma - é este o fim visado pelo autor da norma -, os candidatos que possuam uma especial ligação aos Açores - ligação essa traduzida num dos quatro factores constantes do n.º 4 do artigo 23º - são iguais ou são diferentes aos candidatos que não possuam qualquer ligação às ilhas açorianas", ou seja, saber "se a existência de uma especial ligação aos Açores é ou não um termo de comparação adequado para diferenciar os candidatos aos lugares dos quadros de escola e aos quadros de zona pedagógica ou se, pelo contrário, estamos perante um termo de comparação arbitrário, injustificado ou inadequado".

A informação concluiu pela não inconstitucionalidade das normas em causa, pelos fundamentos seguintes:

"[...] É evidente que [...] esse termo de comparação não funciona isoladamente, uma vez que ele não permite uma avaliação global dos candidatos. Funciona, isso sim, como critério secundário para a ordenação dos candidatos com habilitação profissional [...]. Ou seja, o critério da especial ligação aos Açores não se sobrepõe às qualificações profissionais dos candidatos, surgindo apenas em complemento destas, como forma de ordenação dos candidatos com idênticas qualificações.

[...]

Em consequência da diferença detectada entre os dois grupos de candidatos em confronto, nada se pode apontar à diferença de tratamento estabelecida, isto é, a preferência estabelecida em favor de determinados candidatos encontra justificação no facto de eles poderem contribuir mais para a prossecução de um objectivo importante do sistema escolar.

[...]."

E remata assim que "o fim prosseguido pelo Governo Regional com a emanação do DRR n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, e a partir do qual faz a comparação e a diferenciação dos candidatos (com idênticas habilitações profissionais), é um fim legítimo e com apoio constitucional".

5. Memorando e Debate

Elaborado pelo Vice-Presidente do Tribunal, por delegação do Presidente, nos termos do nº2 do artigo 39º da Lei do Tribunal Constitucional, o memorando previsto no artigo 63º da referida Lei e entregue a todos os juizes, foi o mesmo submetido a debate e fixada a orientação do Tribunal. Cumpre, assim, decidir de harmonia com o que aí

se estabeleceu.

II - FUNDAMENTOS

6. Questão da inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, na parte relativa ao artigo 24º do Estatuto.

6.1. Embora os requerentes apresentem as questões de forma diferente, na verdade suscitaram a questão de inconstitucionalidade das mesmas normas, referindo-as à violação das mesmas disposições constitucionais.

Assim, o Procurador-Geral da República entende que o artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, "na parte em que confere redacção adaptada ao artigo 24º do Decreto-Lei n.º 139-A/90, padece de manifesta inconstitucionalidade orgânica", por violar o disposto nas disposições conjugadas dos artigos 227º, n.º 1, alínea d), e 232º, n.º 1, da Constituição, segundo os quais "é da exclusiva competência da assembleia legislativa regional o exercício da atribuição de regulamentar as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar".

Ora, o que a norma em causa pretendeu fazer foi adaptar à Região uma norma constante de um Decreto-Lei, no caso, de uma lei geral da República. Essa norma adaptadora foi emitida pela Assembleia Legislativa Regional, fazendo parte do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro. O que o Procurador-Geral da República, na verdade, questiona, não é, porém, essa produção da norma, mas sim, verdadeiramente, o respectivo conteúdo. O que ele questiona é a delegação de competência regulamentar a que a norma procede, a favor do Governo Regional.

Exactamente o que o Provedor de Justiça também questiona no seu pedido.

Com efeito, o Provedor de Justiça parte da verificação de que o Decreto-Lei n.º 139-A/90, que aprovou aquele Estatuto, é uma lei geral da República, de onde resulta a sua aplicação a todo o território nacional. E, como tal, a regulamentação da matéria nele prevista competiria, exclusivamente, nos termos das disposições conjugadas contidas nos artigos 232º, n.º 1, e 227º, n.º 1, alínea d), segunda parte, da Constituição, à Assembleia Legislativa Regional, não lhe sendo possível delegar essa mesma competência no Governo Regional.

O Provedor concluiu pela inconstitucionalidade material da mesma norma, isto é, do artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, que conferiu aquela redacção adaptada ao artigo 24º do Estatuto, na medida em que a referida redacção remeteu a regulamentação de uma lei geral da República para acto do Governo Regional. Ou seja, o Provedor questiona, igualmente, aquela delegação de competência regulamentar efectuada pela norma impugnada.

Por outro lado, fundam-se ambos requerentes nas seguintes normas constitucionais:

Artigo 227º

(Poderes das regiões autónomas)

1. As regiões autónomas são pessoas colectivas territoriais e têm os seguintes poderes, a definir nos respectivos estatutos:

[...]

d) Regulamentar a legislação regional e as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar;

[...]

Artigo 232º

(Competência da assembleia legislativa regional)

1. É da exclusiva competência da assembleia legislativa regional o exercício das atribuições referidas nas alíneas a), b) e c), na segunda parte da alínea d), na alínea f), na primeira parte da alínea i) e nas alíneas l), n) e q) do n.º 1 do artigo 227º, bem como a aprovação do orçamento regional, do plano de desenvolvimento económico e social e das contas da região e ainda a adaptação do sistema fiscal nacional às especificidades da região.

[...]

6.2. Nas respectivas respostas, os órgãos regionais manifestaram-se, no essencial, no sentido da legitimidade daquela delegação de competência regulamentar. Consideraram, nomeadamente, que, não sendo matéria reservada à Assembleia da República, se tratava de matéria de interesse específico, sobre a qual a Assembleia Legislativa Regional podia legislar. Assim sendo, por maioria de razão, podia também a Assembleia Legislativa Regional "limitar-se a fazer adaptações de carácter orgânico"; considerando ainda que, cabendo à Assembleia Legislativa Regional "fazer a mediação entre a Lei Geral da República e a vida política, económica, social e cultural da Região", tal "interposição" ficara assegurada com a adaptação regional efectuada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A. Este Decreto não constituía, assim, um diploma de execução do Estatuto, mas antes "uma norma emanada da Assembleia Legislativa Regional", susceptível, portanto, de regulamentação pelo Governo Regional.

6.3. Sobre questão atinente à competência para o exercício do poder regulamentar pelas regiões autónomas, nomeadamente sobre o exercício do poder executivo próprio e das suas relações com as normas constitucionais de reserva de competência, se debruçou o Acórdão n.º 278/01 (Diário da República, II Série, de 27 de Setembro de 2001), no qual se pode ler:

"[...] A competência para o exercício dos poderes regulamentares das regiões autónomas, relativos apenas à legislação regional e à legislação geral emanada dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar, encontra-se, na verdade, constitucionalmente dividida pela assembleia legislativa regional e pelo governo regional. Nos termos da Constituição, à assembleia legislativa regional compete exclusivamente regulamentar leis gerais emanadas de órgãos de soberania, enquanto o governo regional tem competência apenas para regulamentação da legislação regional. E tal divisão de competências resulta, também, do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (aprovado pela Lei n.º 39/80, de 5 de Agosto e revisto pela Lei n.º 9/87, de 26 de Março) - artigos 32º, n.º 1, alínea i), e 56º, alínea c).

[...]

O que seja materialmente [...] [o] "poder executivo próprio", é algo que não se encontra expressamente definido na Constituição. É claro, porém, que tal genérico poder executivo próprio das regiões autónomas (que seria exercido pelo governo regional enquanto seu órgão executivo) não pode ser invocado para se subverterem as regras constitucionais de reserva de competência, à assembleia legislativa regional, para regulamentar as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania. [...]

Também aqui o respaldo expresso na alínea g) do n.º 1 do artigo 229º da Constituição, relativo genericamente ao poder executivo próprio das regiões autónomas não pode servir para fundamentar, em contravenção às regras constitucionais (então o artigo 234º, n.º 1) de reserva de competência regulamentar à assembleia legislativa regionais, uma competência do governo regional para emanar regulamentos executivos da legislação nacional. Como bem salienta o Ministério Público nas suas alegações, tal poder executivo próprio, "quando se deva concretizar na edição de um regulamento de execução e desenvolvimento da legislação nacional, terá naturalmente de ser exercido pela respectiva assembleia legislativa regional, nos termos do disposto no artigo 234º, n.º 1, conjugado com a segunda parte da alínea d) do n.º 1 do artigo 229º da Constituição da República Portuguesa, na versão então em vigor. [...]"

6.4. O Decreto-Lei n.º 139-A/90, que aprovou o Estatuto, dispõe no seu artigo 5º:

Artigo 5.º

Aplicação às regiões autónomas

A aplicação do presente diploma, bem como do Estatuto por ele aprovado, às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira não prejudica as competências dos respectivos órgãos de governo próprio.

Nesta conformidade, aquele diploma legislativo haverá de ser tido como uma lei geral emanada de um órgão de soberania, sendo ainda certo que a sua razão de ser envolve, de um ponto de vista substancial, a sua aplicação sem reservas a todo o território nacional, o que permitirá ainda qualificá-la como lei geral da República - natureza que os próprios órgãos regionais também lhe reconhecem e este Tribunal já expressamente lhe atribuiu (cfr. Acórdão n.º 363/94, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 28º vol., pág. 97).

Significa isto que o mesmo diploma, na medida em que se admita que não reserva para os órgãos de soberania o correspondente poder regulamentar, só poderia ser regulamentado, nas regiões autónomas, pelas respectivas assembleias legislativas regionais.

Mas não poderia ele ser previamente adaptado, em cada uma dessas regiões, por decreto legislativo regional, e posteriormente regulamentado por decreto do respectivo governo regional, entendendo-se, nesse caso, que se estaria a regulamentar o decreto legislativo regulamentador e não já o próprio decreto-lei?

De acordo com o transcrito artigo 5º do decreto-lei em consideração, a única reserva a ter em conta na sua aplicação nas regiões autónomas é a que resulta das competências dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas. Ou seja, as normas atributivas de competência, constantes do mesmo diploma, devem ser lidas de forma a serem consideradas competentes as correspondentes entidades regionais, no

que se refere ao exercício das competências administrativas que hajam sido entretanto transferidas, nos termos da legislação em vigor, para os órgãos regionais - isto é, deve ter-se em conta a regionalização dos serviços e as competências regionalizadas.

É verdade, como afirmam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição revista, Coimbra, 1993, nota IX ao artigo 229º, pág. 854), que "ocorre, porém, com alguma frequência que os diplomas legislativos dos órgãos de soberania (sobretudo decretos-leis), embora não limitem originariamente a sua aplicação ao território continental, consentem que a sua aplicação ao território das regiões autónomas dependa de diploma regional que os "adapte" às suas condições particulares. É um procedimento que não é susceptível de censura jurídico-constitucional, desde que se não trate de matérias de competência própria dos órgãos de soberania (pois aí tratar-se-ia de uma delegação legislativa encapuçada, manifestamente ilegítima). Isso quer dizer implicitamente que a referida lei da República não se auto-qualifica como lei geral naquela medida em que autoriza a sua adaptação regional".

Só que, in casu, não consta do mencionado Decreto-Lei n.º 139-A/90 qualquer disposição que permita a referida adaptação legislativa: ao invés, como se viu, o seu artigo 5º tem um alcance muito mais limitado, tal como, aliás, se entendeu e decidiu no já citado Acórdão n.º 363/94.

Assim sendo, para quem faça uma leitura mais restritiva, a adaptação efectuada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A não poderia, pois, exceder a mera indicação das entidades regionais competentes para exercer as competências administrativas que, em geral, haviam já sido transferidas para a Administração regional - e é isso, aliás, que aquele decreto legislativo regional faz, na generalidade das suas disposições. Em qualquer caso, mesmo para quem faça uma leitura menos restritiva, o que o Decreto Legislativo Regional, em apreço, não podia pretender, seguramente, era invocar a adaptação da legislação nacional para autorizar a sua regulamentação através de um processo colidente com o constitucionalmente previsto, e isto quando, no caso, não procedeu, sequer, a uma qualquer adaptação substancial.

Saber se é possível aos governos regionais procederem à regulamentação de legislação regional substancialmente adaptadora de legislação nacional susceptível de uma tal adaptação é questão que não importa agora resolver. Basta reconhecer que não é possível, através de um decreto legislativo regional, invocar a adaptação da legislação nacional para a transformar em legislação regional e permitir, consequentemente, a sua regulamentação por órgão incompetente para regulamentar a dita legislação nacional.

Ora, nestes termos, na medida em que se admita que os órgãos regionais podiam regulamentar aquela lei geral emanada do órgão de soberania, tal regulamentação, contudo, não podia deixar de se efectuar em conformidade com o procedimento previsto na Constituição.

Quer isto dizer, afinal, que o artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A ao prever, no seu artigo 24º, que a regulamentação seria efectuada por decreto regulamentar regional do Governo Regional, veio colidir com o preceituado no artigo 232º, n.º 1, da Constituição da República (com referência ao artigo 227º, n.º 1, alínea d), segunda parte), que reserva à assembleia legislativa regional a competência para regulamentar as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar.

7. Questão de inconstitucionalidade do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A e do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A

Concluindo-se pela inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, com os fundamentos expostos, necessário se torna concluir pela inconstitucionalidade orgânica de todas as normas constantes do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, tanto na redacção originária como na que lhes foi concedida pelo artigo 1º do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, por violação igualmente das disposições conjugadas constantes dos art.ºs 232º, n.º 1, e 227º, n.º 1, alínea d), 2ª parte, da Constituição, uma vez que foram emitidos pelo Governo Regional dos Açores em matéria em que, sendo admissíveis, a Constituição reserva à Assembleia Legislativa Regional.

8. As restantes questões de inconstitucionalidade suscitadas

Perante este juízo de inconstitucionalidade, não se torna necessário o conhecimento das restantes questões de inconstitucionalidade suscitadas pelo Provedor de Justiça, uma vez que são referentes a normas constantes daquele Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, na redacção originária e/ou na que foi introduzida pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A.

9. Limitação de efeitos

O n.º 4 do artigo 282º da Constituição confere ao Tribunal Constitucional a faculdade de fixar os efeitos do declarado vício de inconstitucionalidade, de molde a que o seu alcance seja mais restrito do que o resultante do indicado n.º 1 do mesmo artigo, desde que tal seja justificado por razões conexonadas com a segurança jurídica, a equidade ou interesse público de excepcional relevo.

Assim, no Acórdão n.º 394/93 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 25º vol., págs. 195 e segs.) - que apreciou a regulamentação do funcionamento do júri dos processos de concurso comum do regime geral de recrutamento e selecção de pessoal para a Administração Pública -, e no Acórdão n.º 527/96 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 33º vol., págs. 35 e segs.) - que apreciou normas que restringem a publicidade das actas das decisões de júris em concursos relativos ao recrutamento e selecção de pessoal na carreira diplomática e no âmbito de serviços ligados ao Ministério da Saúde -, entendeu este Tribunal que a subsistência dos provimentos de lugares preenchidos nos termos dos diplomas em causa nesses processos era um imperativo de equidade e de segurança jurídica, tornando-se necessário garantir a subsistência das situações e direitos adquiridos de boa fé, sem que isso implicasse qualquer tomada de posição sobre a questão de saber se o "caso resolvido" deveria ter relevância idêntica à do caso julgado judicial, para o efeito do disposto no artigo 282º, n.º 3, da Constituição.

Ora, no caso presente, verifica-se uma similitude genérica das situações, justificativa de tal limitação de efeitos, quer por razões de segurança jurídica, como ainda por razões de equidade, na medida em que, desde que teve início a aplicação da norma em causa, na sequência dos concursos entretanto realizados, tenham sido providos os lugares para cujo preenchimento os mesmos foram abertos, pelo que, por essa forma, se terá estabilizado, em novos termos, a situação jurídica dos professores abrangidos e subjectivado os correspondentes direitos.

A subsistência dessas situações e desses direitos, de boa fé adquiridos, poderia ser posta em causa se não se operasse aqui a restrição de efeitos, para salvaguardar as situações jurídicas criadas e consolidadas durante o tempo em que essas normas estiveram em vigor, salvo quando ainda susceptíveis de impugnação contenciosa ou que dela ainda se encontrem pendentes, de acordo com o preceituado no artigo 282º,

n.º 4, da Constituição.

III - Decisão

10. Nestes termos, o Tribunal Constitucional decide:

1) declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 232º, n.º 1, com referência ao artigo 227º, n.º 1, alínea d), segunda parte, da Constituição:

da norma constante do artigo 2º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, na parte relativa ao artigo 24º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril;

de todas as normas constantes da versão originária do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, bem como das que permaneceram entretanto inalteradas;

de todas as normas do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro.

2) por motivos de equidade e de segurança jurídica, ressaltar os efeitos entretanto produzidos, até ao trânsito em julgado do presente acórdão, pelas normas ora declaradas inconstitucionais, com excepção dos casos ainda susceptíveis de impugnação contenciosa ou que dela se encontrem pendentes, de harmonia com o preceituado no artigo 282º, n.º 4, da Constituição.

Lisboa, 12 de Fevereiro de 2003

Gil Galvão

Maria Helena Brito

Maria Fernanda Palma

Mário Torres

Benjamim Rodrigues

Luís Nunes de Almeida

Artur Maurício

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

Paulo Mota Pinto

Alberto Tavares da Costa

Bravo Serra

Pamplona de Oliveira (vencido conforme declaração junta).

José Manuel Cardoso da Costa

DECLARAÇÃO DE VOTO

I

A tese que o acórdão sufragou estriba-se numa interpretação literal do n. 1 do artigo 232 da Constituição leitura que, aliás, tem sido pacificamente acolhida pela jurisprudência deste Alto Tribunal.

Mas, a meu ver e salvo o devido respeito, mal.

Pretende-se assim que a Constituição impõe a regra (tão absoluta como absurda) de que toda a regulamentação das chamadas leis gerais da República cabe, em exclusivo, às assembleias legislativas regionais.

Ora, sem prejuízo de se admitir que a norma contida no aludido artigo possa - por facilidade interpretativa - ter aquele alcance, o certo é que não só o bom senso como o apelo aos mais elementares princípios da lógica constitucional vigente permitem ter uma outra visão das coisas.

É que é indesmentível que a atribuição de um genérico poder "regulamentar" exclusivo a uma assembleia legislativa não tem exemplo nas soluções constitucionais, maxime quando estas, como a presente, atribuem o poder regulamentar a um órgão executivo como o é o Governo Regional dos Açores (artigos 227 n.1 alíneas d) e g) e 231 n.1 da Constituição).

Assim pode facilmente aceitar-se que o que o legislador constitucional quis atribuir como tarefa específica e exclusiva da Assembleia Legislativa Regional foi o desenvolvimento normativo, a adaptação à realidade insular própria de cada Região dos princípios jurídicos legais das já mencionadas leis gerais da República, tarefas que se desenvolvem ainda no domínio da função legislativa e, portanto, se acham bem entregues à competência do único órgão regional dotado de tais poderes.

Todavia, esta solução não visa limitar, questionar ou mesmo exceptuar o genérico poder regulamentar (em sentido próprio e estrito) dos governos regionais.

É que mesmo quanto a essas leis, é sempre possível encontrar um espaço deixado à regulamentação administrativa que ultrapassa a mera identificação ou equiparação dos órgãos regionais competentes para desempenhar as tarefas decorrentes da

vigência da norma, pois tais leis, precisamente por que incorporam princípios gerais, não dispensam em regra uma actividade regulamentar posterior que lhes dê exequibilidade. Aqui reside o genuíno poder regulamentar que, por tradição desde sempre mantida, incumbe aos executivos governamentais e não às assembleias legislativas cuja vocação é naturalmente outra.

Aliás não se descortina qualquer explicação lógica, aceitável, para que a Constituição haja optado por retirar aos governos regionais a competência para a emissão de regulamentos que tornem exequíveis as leis da República, quando é certo, seja qual for o ponto de vista que se adoptar, que tal competência foi constitucionalmente entregue a órgãos regionais.

Temos pois que admitir que uma actividade regulamentar, em sentido lato, das leis gerais da República tanto pode revestir a forma legal, mediante a densificação de conceitos abertos e a adaptação do diploma às realidades insulares, como se pode concretizar numa mera actividade administrativa, através da emissão dos regulamentos necessários a dar exequibilidade aos princípios que o legislador nacional quis ver criados.

Ora esta última actividade cabe na competência dos governos regionais.

Perante esta realidade, tornar-se-ia necessária uma análise sobre a natureza das normas que o Governo Regional dos Açores editou através da aprovação dos Decretos Regulamentares Regionais ns. 1-A/2000/A de 3 de Janeiro e 4-A/ 2002/A de 21 de Janeiro para poder concluir, como a meu ver o Tribunal precipitadamente fez, que as normas desses textos ofendem organicamente a Constituição.

A verdade é outra, pois tais normas constituem meros regulamentos de natureza administrativa destinados a dar execução à lei da República e que esta quis expressamente deixar para regulamentação posterior. São, indiscutivelmente, normas cuja edição cabe na competência do Governo Regional, actividade que foi portanto exercida no quadro constitucional e que nenhuma ofensa fez aos preceitos constitucionais que o acórdão quis ver sacrificados.

De igual forma, também a norma do artigo 2 do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A de 6 de Novembro, que antecedeu os aludidos regulamentos, não viola a Constituição, pois, nesta perspectiva, se limitou precisamente a cumprir o comando constitucional incluído no artigo 227 n.1 alínea d) adaptando, ainda que na forma de simples transposição, as regras jurídicas contidas no Decreto-lei 139-A/90 de 28 de Abril. É que, não será ocioso repeti-lo, as Regiões autónomas gozam de poder legislativo próprio nos termos do artigo 227 n.1 alíneas a), b), c) da Constituição, não sendo proibido que se limitem a "copiar" em alguns pontos a legislação da República, abstendo-se de lhe introduzir alterações por a tanto se não justificar o interesse regional.

Finalmente, quanto aos efeitos que o Tribunal decidiu ressaltar no tempo face à pronúncia de inconstitucionalidade emitida, entendo que a ressalva se deveria reportar não apenas à data do trânsito em julgado da decisão, mas, atenta a matéria em causa, conjugando essa data com a da abertura de novos concursos: não parece justo nem admissível que o quadro normativo fixado para regulamentar um determinado concurso público possa ser posteriormente alterado, estando ele a decorrer, face a uma pronúncia de inconstitucionalidade orgânica. Os princípios mais elementares do direito administrativo imporiam, a meu ver, que esse quadro normativo não sofra alteração a partir do momento em que o concurso é declarado aberto até ao seu termo, sem prejuízo, claro está, do controlo de legalidade operado através do exercício do contencioso de anulação tempestivamente impulsionado por quem se sinta prejudicado por ele.

III

Nesta conformidade, não voto a decisão que fez vencimento neste Tribunal.

Cons. Carlos Pamplona de Oliveira

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Tribunal Constitucional ACÓRDÃO N.º 131/2003

Proc. N.º 126/03

Plenário

Rel.: Cons.º Gil Galvão

Acordam, em plenário, no Tribunal Constitucional:

I - Relatório

Requerente e Pedido

O Presidente da República requereu, nos termos do artigo 278º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e dos artigos 51º, n.º 1, e 57º, n.º 1, da Lei sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), a apreciação da constitucionalidade:

- a) da norma constante do n.º 8 do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, na redacção que lhe é dada pelo artigo 1º do Decreto n.º 30/IX da Assembleia da República;
- b) da norma constante do artigo 36º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, na redacção que lhe é dada pelo artigo 1º do Decreto n.º 30/IX da Assembleia da República.

Fundamentos do Pedido

2.1. Alega o requerente:

"I.

1. Entre outras disposições, o Decreto da Assembleia da República n.º 30/IX altera, no que respeita às Regiões Autónomas, a definição legal da delimitação da largura da margem das águas do mar, bem como das águas navegáveis ou flutuáveis sujeitas à jurisdição das autoridades marítimas ou portuárias.

2. Assim, segundo o disposto no novo n.º 7 do art. 3º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, «nas Regiões Autónomas, se a margem atingir uma estrada regional ou municipal existente, a sua largura só se estenderá até essa via». Por outro lado, segundo o novo n.º 8 agora introduzido ao mesmo artigo, «o disposto no n.º anterior aplica-se a estradas regionais ou municipais a construir, mediante deliberação dos respectivos governos regionais [...]».

3. Uma vez que as margens das águas do mar e de quaisquer águas navegáveis ou flutuáveis, sempre que tais margens lhe pertençam, se consideram legalmente domínio público do Estado, as alterações legislativas em apreço integram, enquanto definição

de bens de domínio público, a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (art. 165º, alínea v), da Constituição).

4. O citado nº 8 da nova redacção do art. 3º do Decreto-Lei nº 468/71, de 5 de Novembro, remete para deliberação dos governos regionais a definição da delimitação definitiva da margem quando esta atingir estradas regionais ou municipais a construir. Como esta remissão não tem a necessária densidade normativa e a deliberação dos governos regionais se faz, necessariamente, por acto administrativo, suscita-se-me a dúvida se a norma constante desse nº 8 do referido art. 3º não estará, com um tal conteúdo, a violar o princípio da legalidade e da reserva de lei constitucionalmente garantidos.

5. Na medida em que o persistir da dúvida de constitucionalidade se poderia revelar de significativa gravidade em termos de insegurança das relações jurídicas constituídas ou a constituir ao abrigo da nova regulação, entendo como decisivo o esclarecimento preventivo desta questão por parte do Tribunal Constitucional.

II.

1. Nos termos do art. 36º, nº 1, da nova redacção do Decreto-Lei nº 468/71, de 5 de Novembro, introduzida pelo artigo 1º do Decreto da Assembleia da República nº 30/IX, «os poderes conferidos pelo presente diploma ao Estado cabem nas Regiões Autónomas aos respectivos órgãos de governo próprio».

2. Assim, todos os poderes sobre o domínio público hídrico atribuídos pelo Decreto-Lei nº 468/71, de 5 de Novembro, ao Estado passariam, nas Regiões Autónomas, a ser da competência dos respectivos órgãos de governo próprio. Porém, considerando que o domínio público marítimo tem, por natureza, um interesse relevante para a defesa nacional, suscita-se-me a dúvida de constitucionalidade se esta descentralização de poderes não contende com o princípio do Estado unitário, segundo o qual devem ser reservadas aos órgãos de soberania as tarefas e obrigações do Estado, designadamente as atinentes à defesa nacional"

2.2. Conclui o requerente, pedindo a apreciação da constitucionalidade:

a) da norma constante do nº 8 da nova redacção que o artigo 1º do Decreto nº 30/IX da Assembleia da República dá ao artigo 3º do Decreto-Lei nº 468/71, de 5 de Novembro por eventual violação dos princípios da legalidade e da reserva de lei que se obtêm da interpretação conjugada do artigo 112º, nº 6, e do artigo 165º, [n.º 1] alínea v), da Constituição;

b) da norma constante do artigo 36º, nº 1, do Decreto-Lei nº 468/71, de 5 de Novembro, na redacção que lhe é dada pelo artigo 1º do Decreto nº 30/IX da Assembleia da República, por eventual violação dos artigos 6º, nº 1, e 273º, nº 1, da Constituição.

Resposta do Órgão Autor das Normas

Notificado o Presidente da Assembleia da República, nos termos e para o efeito do preceituado nos artigos 54º e 55º da Lei do Tribunal Constitucional, limitou-se o mesmo a oferecer o merecimento dos autos e a juntar os Diários da Assembleia da República que contêm os relatos dos trabalhos preparatórios do diploma em apreciação.

As Normas Questionadas

É o seguinte o teor dos preceitos do Decreto-Lei nº 468/71, de 5 de Novembro, na redacção que lhe é dada pelo artigo 1º do Decreto nº 30/IX da Assembleia da

República, remetido à Presidência da República para ser promulgado como lei, cuja apreciação da constitucionalidade vem requerida ao Tribunal Constitucional:

Artigo 3º

Noção de margem; sua largura

1 - (...)

2 - (...)

3 - (...)

4 - (...)

5 - (...)

6 - (...)

7 - (...)

8 - O disposto no número anterior aplica-se a estradas regionais ou municipais a construir, mediante deliberação dos respectivos governos regionais, após parecer das autarquias locais envolvidas, da autoridade marítima e portuária da administração regional competente e da respectiva capitania do porto.

Artigo 36º

Entidades competentes nas Regiões Autónomas

1 - Os poderes conferidos pelo presente diploma ao Estado cabem nas Regiões Autónomas aos respectivos órgãos de governo próprio.

2 - (...).

Outras Normas Relevantes

Todavia, com interesse para a dilucidação das questões de constitucionalidade a resolver, apresentam-se outros preceitos do diploma em apreço:

Artigo 3º

Noção de margem; sua largura

1 - Entende-se por margem uma faixa contígua ou sobranceira à linha que limita o leito das águas.

2 - A margem das águas do mar, bem como a das águas navegáveis ou flutuáveis sujeitas à jurisdição das autoridades marítimas ou portuárias, tem a largura de 50 m.

3 - A margem das restantes águas navegáveis ou flutuáveis tem a largura de 30 m.

4 - A margem das águas não navegáveis nem fluviáveis, nomeadamente torrentes, barrancos e córregos de caudal descontínuo, tem a largura de 10 metros.

5 - Quando tiver natureza de praia em extensão superior à estabelecida nos números anteriores, a margem estende-se até onde o terreno apresentar tal natureza.

6 - A largura da margem conta-se a partir da linha limite do leito. Se, porém, esta linha atingir arribas alcantiladas, a largura da margem será contada a partir da crista do alcantil

7 - Nas Regiões Autónomas, se a margem atingir uma estrada regional ou municipal existente, a sua largura só se estenderá até essa via.

8 - (...)

Artigo 5.º

Condição jurídica dos leitos, margens e zonas adjacentes

1 - Consideram-se do domínio público do Estado os leitos e margens das águas do mar e de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis, sempre que tais leitos e margens lhe pertençam, e bem assim os leitos e margens das águas não navegáveis nem fluviáveis que atravessem terrenos públicos do Estado.

2 - Consideram-se objecto de propriedade privada, sujeitos a servidões administrativas, os leitos e margens das águas não navegáveis nem fluviáveis que atravessem terrenos particulares, bem como as parcelas dos leitos e margens das águas do mar e de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis que forem objecto de desafecção ou reconhecidas como privadas nos termos deste diploma.

3 - (...)

4 - (...)

Artigo 7.º

Avanço das águas

1 - (...)

2 - Se as parcelas privadas contíguas a leitos dominiais forem invadidas pelas águas que nelas permaneçam sem que haja corrosão dos terrenos, os respectivos proprietários conservam o seu direito de propriedade, mas o Estado pode expropriar essas parcelas.

Artigo 9.º

Constituição da propriedade pública sobre parcelas privadas de leitos ou margens públicos

1 - Em caso de alienação, voluntária ou forçada, por acto entre vivos, de quaisquer parcelas privadas de leitos ou margens públicos, o Estado goza do direito de preferência, nos termos dos artigos 416.º a 418.º e 1410.º do Código Civil, podendo a preferência exercer-se, sendo caso disso, apenas sobre a fracção do prédio que, nos termos dos artigos 2.º e 3.º deste diploma, se integre no leito ou na margem.

2 - O Estado pode proceder, nos termos da lei geral, a expropriação por utilidade pública de quaisquer parcelas privadas de leitos ou margens públicos sempre que isso se mostre necessário para submeter ao regime da dominialidade pública todas as parcelas privadas existentes em certa zona.

3 - (...)

Artigo 10.º

Delimitações

1 - A delimitação dos leitos e margens dominiais confinantes com terrenos de outra natureza compete ao Estado, que a ela procederá oficiosamente, quando necessário, ou a requerimento dos interessados.

2 - (...)

3 - (...)

4 - A delimitação, uma vez homologada pelos Ministros da Justiça e da Marinha, será publicada no Diário do Governo.

Artigo 12.º

Servidões sobre parcelas privadas de leitos e margens públicos

1 - Todas as parcelas privadas de leitos ou margens públicos estão sujeitas às servidões estabelecidas por lei e, nomeadamente, a uma servidão de uso público no interesse geral do acesso às águas e da passagem ao longo das águas, da pesca, da navegação ou flutuação, quando se trate de águas navegáveis ou flutuáveis, e ainda da fiscalização e polícia das águas pelas autoridades competentes.

2 - (...)

3 - (...)

4 - Se da execução pelo Estado de qualquer das obras referidas no n.º 3 deste artigo resultarem prejuízos que excedam os encargos resultantes das obrigações legais dos proprietários, o Estado indemnizá-los-á. Se se tornar necessária, para a execução dessas obras, qualquer porção de terreno particular, ainda que situada para além das margens, o Estado poderá expropriá-la.

Artigo 13.º

Zonas ameaçadas pelo mar

1 - Sempre que se preveja tecnicamente o avanço das águas do mar sobre terrenos particulares situados para além da margem, pode o Estado classificar a área em causa como zona ameaçada pelo mar.

2 - A classificação de uma área como zona ameaçada pelo mar será feita por decreto emanado do Ministério das Obras Públicas, ouvido o Ministério da Marinha e, tratando-se de zonas com interesse turístico, a Secretaria de Estado da Informação e Turismo.

3 - (...)

4 - Nas Regiões Autónomas podem ser classificadas como zonas ameaçadas pelo mar as áreas contíguas ao leito, nos termos do n.º 3 do artigo 4.º.

Artigo 26.º

Decurso do prazo

1 - (...)

2 - Em caso de concessão, as obras executadas e as instalações fixas reverterem gratuitamente para o Estado; em caso de licença, devem ser demolidas pelo respectivo titular, salvo se o Estado optar pela reversão ou prorrogar a licença.

Artigo 36º

Entidades competentes nas Regiões Autónomas

1 - (...)

2 - Nas áreas sob jurisdição portuária e nas Regiões Autónomas as competências conferidas pelo presente diploma são exercidas, respectivamente, pelos departamentos, organismos ou serviços a que legalmente estão atribuídas, e pelos departamentos, organismos ou serviços das respectivas administrações autónomas com atribuições correspondentes.

II. Fundamentação

6. A constitucionalidade da norma constante do n.º 8 do artigo 3º

6.1. Para o esclarecimento do disposto na norma em causa, importa ter presente a sua génese. Assim, a Assembleia Legislativa Regional da Madeira, através da Resolução n.º 23/2001/M, apresentou à Assembleia da República uma proposta de lei relativa à alteração do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, o qual, segundo o seu preâmbulo, visara, ao tempo da sua publicação, "rever, actualizar e unificar o regime jurídico dos terrenos incluídos no que se convencionou chamar o domínio público hídrico". Dessa proposta da Assembleia Legislativa Regional da Madeira, que veio a ter o número 99/VIII, fazia parte um novo número 7 do artigo 3º, do seguinte teor:

"7. Na Região Autónoma da Madeira, se a margem atingir uma via rodoviária pública, regional ou municipal, a sua largura só se estenderá até essa via rodoviária."

Na Assembleia da República, a proposta de lei n.º 99/VIII foi, por despacho do Presidente, remetida à Comissão do Poder Local, Ordenamento do Território e Ambiente, tendo esta emitido o seu parecer em 22 de Maio de 2002. Na discussão em Comissão, o Grupo Parlamentar do Partido Socialista suscitou uma eventual inconstitucionalidade material do diploma em apreciação quanto à reserva de competência da Assembleia da República relativamente à definição dos bens do domínio público. (Diário da Assembleia da República, II Série-A, n.º 8, de 25 de Maio de 2002). A proposta foi então discutida, na generalidade, na sessão plenária de 23 de Maio de 2002 (Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 13, de 24 de Maio de 2002), tendo baixado de novo à Comissão, sem votação na generalidade (Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 15, de 31 de Maio de 2002). Posteriormente, foi obtido um parecer do Governo Regional dos Açores, através do Secretário Regional do Ambiente (publicado no Diário da Assembleia da República, II Série-A, n.º 17, de 29 de Junho de 2002), o qual propôs a seguinte redacção para o número 7 do artigo 3º:

"7. - Nas Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, se a margem atingir uma estrada regional ou uma estrada, arruamento ou caminho autárquico, a sua largura só se estenderá até à estrada regional ou estrada, arruamento ou caminho autárquico em causa".

Em 14 de Janeiro de 2003, após algumas vicissitudes, a 4ª Comissão votou a proposta de lei n.º 99/VIII na especialidade, tendo o anterior n.º 7 sido desdobrado, dando origem aos números 7 e 8 do artigo 3º, cuja redacção final veio a ser a seguinte:

"7. - Nas Regiões Autónomas, se a margem atingir uma estrada regional ou municipal existente, a sua largura só se estenderá até essa via.

8. - O disposto no número anterior aplica-se a estradas regionais ou municipais a construir, mediante deliberação dos respectivos governos regionais, após parecer das autarquias locais envolvidas, da autoridade marítima e portuária da administração regional competente e da respectiva capitania do porto."

O preceito do n.º 7 foi aprovado, em Comissão, por maioria, com os votos a favor do PSD e do CDS-PP e abstenções do PS e do PCP, verificando-se a ausência do BE e de Os Verdes. O preceito do n.º 8 foi aprovado, em Comissão, por maioria, com os votos a favor do PSD e do CDS-PP e contra do PS e do PCP, verificando-se a ausência do BE e de Os Verdes (Diário da Assembleia da República, II Série-A, n.º 58, de 16 de Janeiro de 2003).

Finalmente, a proposta de lei n.º 99/VIII foi aprovada em votação final global, na reunião plenária de 16 de Janeiro de 2003, com votos favoráveis do PSD e do CDS-PP e votos contrários do PS, do PCP, do BE e do PEV (Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 75, de 17 de Janeiro de 2003).

Deste modo, nos termos do referido n.º 7 e nas regiões autónomas, se a margem - isto é, a faixa contígua ou sobranceira à linha que limita o leito das águas - atingir uma estrada regional ou municipal já existente, os limites previstos nos números anteriores cedem, reduzindo-se a largura dessa margem à faixa de terreno compreendida entre o limite do leito e a referida estrada.

No que se refere, porém, às estradas a construir, de acordo com a interpretação do disposto no n.º 8 do artigo 3º feita pelo requerente e que o Tribunal acompanha, a aplicação da regra contida no número 7 - isto é, a fixação do limite da margem em termos diversos do disposto nos números anteriores - depende de deliberação dos respectivos governos regionais. O n.º 8 do artigo 3º do DL 468/71, na versão em análise, deixa assim em aberto os limites enunciados nos números anteriores, relativamente a casos em que se vierem a construir, nas regiões autónomas, estradas regionais ou municipais que ocupem, ao menos parcialmente, terrenos que, de acordo com os números 1 a 6 do citado artigo 3º, seriam considerados margem.

6.2. Ora, como se sabe, a problemática das margens insere-se no âmbito do domínio público hídrico, o qual diz respeito às águas públicas e integra o domínio público marítimo, o domínio público fluvial, o domínio público lacustre, além de outras águas. Abrange, além disso, não só as águas, mas também "os terrenos que interessam ou podem interessar à cabal produção ou defesa da utilidade pública dessas águas, como, v.g., os leitos e as margens" (Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico, Coimbra, 1978, pgs. 33 e 34).

Por outro lado, de acordo com diferentes classificações do domínio público, este pode ser, quanto ao processo da sua criação, natural (por exemplo, o hídrico, o aéreo ou o mineiro) ou artificial (por exemplo, o cultural ou o militar); quanto à sua função, de circulação, cultural, militar, etc, sendo certo, porém, que normalmente o domínio de

circulação é constituído por coisas que constituem elemento essencial de qualquer sistema de defesa nacional; e, quanto ao seu titular, do Estado, das regiões autónomas ou das autarquias locais. Pode ainda ser necessário do Estado, se só ao Estado puder pertencer, ou accidental, quando puder pertencer a outras entidades.

6.3. De acordo com o disposto na Constituição, pertencem ao domínio público (art.º 84º, n.º 1, alínea a)), não só as águas territoriais (isto é, as águas exteriores - mar territorial e águas arquipelágicas, cujo regime é definido, principalmente, por convenções internacionais) com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respectivos leitos, mas também (art.º 84º, n.º 1, alínea f)) outros bens como tal classificados por lei. Por sua vez, por força do disposto no n.º 1 do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, pertencem ao domínio público (hídrico) do Estado as margens das águas públicas que lhe pertençam, incluindo nestas águas, além das atrás referidas, as águas do mar interiores (isto é, as compreendidas entre a linha da máxima baixa-mar de águas vivas equinociais e a linha da máxima preia-mar de águas vivas equinociais).

Por seu turno, ainda nos termos do citado artigo 84º da Constituição (n.º 2), "a lei define quais os bens que integram o domínio público do Estado, o domínio público das regiões autónomas e o domínio público das autarquias locais, bem como o seu regime, as condições de utilização e limites", o que, como afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, 1993, pg. 414 (comentário ao art.º 84º CRP), implica "estabelecer não só a delimitação de certos bens face ao exterior (domínio público marítimo, etc.) mas também relativamente à propriedade particular confinante", sendo, embora, certo que, "quanto ao segundo aspecto, à lei compete apenas estabelecer os limites abstractos do domínio público, sem prejuízo naturalmente da solução judicial dos conflitos de delimitação concretos que possam surgir".

Acresce que é da exclusiva competência da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, legislar sobre "definição e regime dos bens do domínio público" (art. 165º, n.º 1, alínea v), da CRP).

Neste sentido (veja-se Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6ª edição, pgs. 724 e 725, Coimbra, 2002), existirá uma reserva de densificação total, já que a Constituição exige que determinadas matérias sejam disciplinadas na sua totalidade pela lei e não apenas uma mera reserva de densificação parcial, verificada quando a lei se limita a definir as bases ou o regime jurídico geral, consentindo o seu desenvolvimento quer através de decreto-lei, quer através de actos regulamentares. É claro que, como afirma o citado autor, "rigorosamente todas as reservas são «relativas» porque deixam aos órgãos concretizadores (administrativos ou jurisdicionais) uma margem maior ou menor de intervenção. Todavia, há uma grande diferença entre uma reserva de lei limitada a uma reserva de bases (cfr. arts. 164º/ i, 165º/f), g), n), t), u) e z) ou até uma reserva de lei reconduzível a uma reserva de regime geral (cfr. art. 165º/d), e), h) e uma reserva de lei definidora de um regime jurídico global, como é o caso, por exemplo, da disciplina jurídica das eleições para os titulares de órgãos de soberania. Nesta última hipótese, a reserva será «absoluta» no sentido de a extensão da competência materialmente reservada à lei implicar a restrição radical da intervenção normativa de outras entidades (ex.: do «legislador-governo», do «governo-regulamentador»)).

Ora, a Assembleia da República, ao remeter, nos casos previstos no n.º 8 do artigo 3º, a aplicação da regra contida no respectivo número 7 - isto é, a fixação do limite da margem em termos diversos do disposto nos números 2 a 5 do citado artigo 3º - para "deliberação" casuística dos respectivos governos regionais, sem fixar quaisquer critérios substanciais, abdicou da própria fixação dos critérios de definição dos limites da margem nos casos nele previstos, o que não é constitucionalmente admissível.

Consequentemente, há que concluir que a norma constante do n.º 8 do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, na redacção que lhe é dada pelo artigo 1º do Decreto n.º 30/IX, viola o princípio da reserva de lei decorrente das disposições conjugadas dos artigos 165º, n.º 1, alínea v), e 84º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

7. A constitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 36º

7.1. No que se refere à segunda questão de constitucionalidade suscitada - a da norma constante do n.º 1 do artigo 36º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, na redacção que lhe é dada pelo artigo 1º do Decreto n.º 30/IX da Assembleia da República - verifica-se que, embora o requerente, inicialmente, faça menção aos poderes do Estado que passariam para as regiões autónomas no âmbito do domínio público hídrico, vem, de seguida, circunscrever a sua dúvida sobre a constitucionalidade da norma em causa ao âmbito do domínio público marítimo, dado o facto de este ter, "por natureza, um interesse relevante para a defesa nacional".

Assim, em relação à questão da constitucionalidade da citada norma constante do n.º 1 do artigo 36º, limitar-se-á a respectiva apreciação ao caso em que os poderes conferidos ao Estado pelo Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, se exercem no âmbito do domínio público marítimo.

7.2. Importa, então, começar por fixar o sentido do conceito de "domínio público marítimo".

É entendimento pacífico, em Portugal, que o denominado domínio público marítimo integra, além das águas territoriais, com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos (previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 84º e cujos limites são fixados por lei, nos termos do n.º 1 do artigo 5º, ambos da Constituição), as águas do mar interiores e, ainda, as demais águas sujeitas à influência das marés, bem como os respectivos leitos e margens, desde que estes terrenos pertençam ao Estado (artigos 1º, 2º, 3º e 5º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro). É o que resulta da alínea a) do artigo 4º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, em que, para efeitos de inventário do património do Estado, se consideram integradas no domínio público do Estado "as águas territoriais com os seus leitos, as águas marítimas interiores com os seus leitos e margens e a plataforma continental" e nesse sentido se exprime também a doutrina (veja-se, por exemplo, Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico, Coimbra, 1978, pg. 39 e Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, Tomo II, 9ª edição, Coimbra, 1980, pgs. 900 e 901).

Torna-se, assim, manifesto que o domínio público marítimo resultante do disposto na lei compreende, nomeadamente por razões de necessária acessoriedade - as margens são indispensáveis para possibilitar a utilização das águas -, as faixas de terreno, legalmente qualificadas como margem, que sejam contíguas a águas do mar ou às demais águas sujeitas à influência das marés, desde que esses terrenos estejam na pertença do Estado, o qual, por sua vez, beneficia de uma presunção juris tantum de que os mesmos são propriedade pública (cfr. artigos 5º e 8º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro).

7.3. Definidos os terrenos que integram o domínio público marítimo e cujo regime é regulado pelo Decreto-Lei n.º 468/71, importa ainda, antes de analisar a questão de constitucionalidade aqui em causa, verificar se o domínio público marítimo mantém a sua natureza estadual ou se, ao invés, terá sido objecto de transferência para as regiões autónomas. E isto porque, se acaso o domínio público marítimo do Estado tiver sido objecto de transferência para as regiões autónomas, tal facto não deixará de ser relevante para a decisão que se tomar quanto aos poderes que lhe estão associados.

Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 112º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (Lei 61/98, de 27 de Agosto), "1. Os bens do domínio público situados no arquipélago pertencentes ao Estado, bem como aos antigos distritos autónomos, integram o domínio público da Região. 2. Exceptuam-se do domínio público regional os bens que interessam à defesa nacional e os que estejam afectos a serviços públicos não regionalizados, desde que não sejam classificados como património cultural". Por outro lado, disposição semelhante tem o artigo 144º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira (Lei n.º 130/99, de 21 de Agosto), apenas com a diferença de que são referidos "bens afectos à defesa nacional" em vez de "bens que interessam à defesa nacional".

Este Tribunal, na esteira, aliás, da Comissão Constitucional - em cujo Parecer n.º 26/80 se escreve "cremos que o n.º 2 do artigo 76º [do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira então em apreciação] excluindo do domínio público regional «os bens que interessam à defesa nacional e os que estejam afectos a serviços públicos não regionalizados» quer abranger o domínio público marítimo, aéreo, etc." -, já afirmou, porém, de forma clara, no Acórdão 330/99 (Diário da República, I Série-A, de 1 de Julho de 1999, pg. 4066), que "não é constitucionalmente possível integrar o domínio público marítimo no domínio público da Região". Nesse acórdão faz-se referência à ideia de que os leitos e as margens das águas do mar são bens dominiais naturais que pertencem ao "domínio público necessário" do Estado, preenchido pelos bens que não podem pertencer senão ao Estado soberano - Estado unitário, à luz do artigo 6º da Constituição - "e o seu estatuto jurídico não pode ser outro senão o da dominialidade" (Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada, Coimbra, 1993, pg. 412) e também à opinião de Rui Medeiros e Jorge Pereira da Silva, Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores - Anotado, Lisboa, 1997, pgs. 248 e 249, onde, sobre o tema que ora nos ocupa, é afirmado o seguinte:

"II A existência de bens de domínio público regionais constitui um corolário da autonomia político-administrativa das Regiões Autónomas e não merece censura constitucional. Com efeito, os bens do domínio público não são, necessariamente, pertença do Estado. [...]

A Constituição actual consagra e reforça a concepção descentralizada do domínio público (v. JOSÉ MAGALHÃES, Dicionário da Revisão Constitucional, Mem Martins, 1989, pág. 48). Por proposta dos deputados eleitos pelos círculos eleitorais das regiões autónomas, o n.º 2 do artigo 84º da Constituição remete para a lei - desde logo, para os estatutos regionais - a definição dos bens que integram o domínio público do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais. Essa definição, bem como o regime de quaisquer bens que integram o domínio público, cabe no âmbito da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (alínea z) do n.º 1 do artigo 168º da Constituição - [actualmente 165º, 1, v])).

III O Estatuto restringe, porém, excessivamente, o âmbito do domínio público do Estado, visto que integra no património das regiões a generalidade dos bens de domínio público aí situados e as únicas excepções que admite respeitam aos bens que interessam à defesa nacional ou que estejam afectos a serviços públicos não regionalizados. [...].

Uma possível via para tentar salvar o artigo 104º [actual 112º] é o recurso à chamada interpretação conforme à Constituição. Assim, por exemplo, em relação ao domínio público marítimo, a Comissão do Domínio Público Marítimo entende que não pode haver dúvidas de que o domínio público marítimo - e, obviamente, não só o que se situa no Continente - interessa essencialmente e por declaração implícita à defesa nacional. Do mesmo modo, para EDUARDO PAZ FERREIRA (v. Domínio..., cit., pág. 75, em nota), a disposição estatutária só não briga com a Constituição se se entender que com a referência aos bens com interesse para a defesa nacional se "quer abranger

o domínio marítimo, aéreo, etc" [...]. Mas, não sendo possível o recurso à interpretação conforme à Constituição, terá de se concluir que a solução estatutária é inconstitucional.

a) Sublinhe-se, como ponto de partida, que o n.º 2 do artigo 84º da Constituição de 1976, embora consagre uma concepção descentralizada do domínio público (v. JOSÉ MAGALHÃES, *Dicionário...*, cit., pág. 48), não dá um cheque em branco ao legislador. Conforme sublinha a jurisprudência portuguesa, os bens indissociavelmente ligados à soberania não podem pertencer ao domínio público regional, devendo permanecer integrados no domínio público necessário do Estado, tomado este na acepção de pessoa colectiva de direito público que tem por órgão o Governo (v. Parecer da Comissão Constitucional n.º 26/80; Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 10/82; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 280/90). [...] MARCELLO CAETANO escreve que "nem todas as coisas públicas são susceptíveis de transferência de domínio: há um limite funcional à mutabilidade, isto é, a transferência só pode verificar-se entre pessoas colectivas que desempenhem as mesmas atribuições administrativas. Por isso o domínio militar não pode deixar de pertencer ao Estado; e o mesmo se dirá dos direitos exercidos sobre as águas marítimas ou o espaço aéreo" (v. *Manual...*, cit., II, pág. 953). GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (v. *Constituição...*, cit., pág. 858) adoptam a mesma conclusão: "dada a natureza não soberana das regiões autónomas, elas não podem ser titulares daquele domínio público intrinsecamente ligado à soberania do Estado (mar territorial, etc.), sem prejuízo das competências administrativas que lhe sejam atribuídas sobre ele".

b) Concretamente, a referência estatutária de que pertencem ao Estado os bens que "interessam à defesa nacional" não pode de modo algum conduzir ao entendimento (restritivo) de que essa expressão equivale a "domínio público militar" [...]. Não é constitucionalmente possível integrar o domínio público marítimo no domínio público da Região.

O exemplo de Direito Comparado é sugestivo. Em Itália, o artigo 32º do Estatuto da Sicília colocou também já o problema análogo da determinação da titularidade estadual ou regional das águas marítimas sicilianas. A Corte Costituzionale acabou por decidir que, apesar de o domínio público marítimo não ser expressamente excepcionado no teor literal do referido preceito do âmbito do domínio da Sicília, deveria ser dele excluído dado que se trata de um bem que interessa manifestamente à defesa nacional. É idêntica a posição defendida pela doutrina mais autorizada (v. VEZIO CRISAFULLI- LIVIO PALADIN, *Comentario Breve alla Costituzione*, Pádua, 1990, pág. 726). Em Espanha, o n.º 2 do artigo 132º da Constituição de 1978 resolveu expressamente a questão ao considerar que «são bens de domínio público estatal os que a lei determinar e, em todo o caso, a zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona económica e da plataforma continental».

Este ponto de vista tem sido, aliás, corroborado pelas mais diversas entidades que sobre o tema se têm pronunciado. Nesse sentido, podem citar-se os pareceres da Procuradoria-Geral da República n.º 92/88, de 12 de Janeiro de 1989 (publicado em *Pareceres da Procuradoria-Geral da República*, Volume III, pgs. 573 e sgs.), e n.º 16/91 (publicado no *Diário da República*, II-Série, 20 de Setembro de 1986, pag. 13255 e sgs), onde se afirma (pag. 13265) que "aceite a distinção entre «domínio accidental e necessário, aqui incluindo o domínio marítimo, hídrico e militar», o domínio necessário, salienta-se, «continua a pertencer exclusivamente ao Estado». Não sendo, assim, possível admitir «a transferência dos bens em apreço para as regiões», só poderá, de resto, subscrever-se a constitucionalidade de uma disposição tal como a do n.º 1 do artigo 104º [actual 112º] do Estatuto dos Açores ou do artigo 76º [actual 144º] do Estatuto da Madeira, se se entender que a excepção feita aos «bens que interessem à defesa nacional e os que estejam afectos a serviços públicos não regionalizados» compreende os «que se incluem no domínio marítimo e no domínio aéreo». Basta, inclusive, recordar o «âmbito de aplicação nacional» do «sistema da

autoridade marítima» para facilmente se concluir que os leitos e margens do domínio público do Estado, para além de interessarem à defesa nacional, se encontram afectos a serviços públicos não regionalizados".

No mesmo sentido se pronunciou também a Comissão do Domínio Público Marítimo, órgão consultivo da Autoridade Marítima Nacional, no seu parecer n.º 5111, de Novembro de 1987 (in Boletim da Comissão do Domínio Público Marítimo, n.º 101, 1987, pg. 158 e sgs.), onde se concluiu que "(...) o artigo 104º [actual 112º] do Estatuto da Região Autónoma dos Açores, nomeadamente o seu número 2, combinado com as disposições aplicáveis do Decreto-Lei 300/84, (...) conduz necessariamente à conclusão de que as áreas do domínio público marítimo situadas nos Açores porque interessam à defesa nacional por declaração implícita da lei, não podem ser integradas no elenco dos bens dominiais pertencentes à Região Autónoma, pelo que continuam pertencendo ao Estado, ficando, portanto, sujeitas ao mesmo regime das áreas homólogas sitas no Continente".

E a mesma doutrina está subjacente à Recomendação 2/A/02, formulada pelo Provedor de Justiça em 1 de Março de 2002 (ver em <http://www.provedor-jus.pt/ultimas/recomendacoes2002/r%2D2a02.htm>).

Esta conclusão parece, aliás, ressaltar reforçada do disposto em alguns diplomas mais recentes. Assim, em 2 de Março de 2002, foram publicados, no âmbito do Ministério da Defesa Nacional, diversos diplomas legais reguladores de matérias conexas com o domínio público marítimo, a saber: o Decreto-Lei n.º 43/2002, que define a organização e atribuições do sistema de autoridade marítima nacional e cria a autoridade marítima nacional, o Decreto-Lei n.º 44/2002, que estabelece, no âmbito do sistema de autoridade marítima, as atribuições, a estrutura e a organização da autoridade marítima nacional e cria a Direcção-Geral da Autoridade Marítima e o Decreto-Lei n.º 45/2002, que estabelece o regime das contra-ordenações a aplicar nas áreas sob jurisdição da autoridade marítima nacional. E embora o Decreto-Lei n.º 43/2002 considere, para efeitos do nele disposto, "espaços marítimos sob jurisdição nacional" as águas interiores, o mar territorial e a plataforma continental (artigo 4º, n.º 1), não deixa de considerar atribuições do sistema de autoridade marítima (SAM) a "segurança da faixa costeira e no domínio público marítimo e das fronteiras marítimas e fluviais, quando aplicável" (artigo 6º, n.º 2, alínea m)). O Decreto-Lei n.º 44/2002, por sua vez, determina que a Autoridade Marítima Nacional (AMN), por inerência o Chefe do Estado-Maior da Armada, é responsável pela coordenação das actividades, de âmbito nacional, a executar pela Marinha e pela Direcção-Geral da Autoridade Marítima (DGAM), compreendendo esta órgãos regionais (entre os quais os Departamentos Marítimos dos Açores e da Madeira), directamente dependentes do Director-Geral da Autoridade Marítima (por inerência o Comandante-Geral da Polícia Marítima) e órgãos locais (as capitánias dos portos, dirigidas por capitães dos portos). Os capitães dos portos, além das funções de autoridade marítima, têm, no âmbito da protecção e conservação do domínio público marítimo e da defesa do património cultural subaquático, competência para "fiscalizar e colaborar na conservação do domínio público marítimo, nomeadamente informando as entidades administrantes sobre todas as ocupações e utilizações abusivas que nele se façam e desenvolvam" (art.13º, 8, alínea a)).

Nesse mesmo dia 2 de Março de 2002, foram igualmente publicados, no âmbito do Ministério do Equipamento Social, os Decretos-Leis n.ºs 46/2002, 47/2002 e 49/2002 que estabelecem regras aplicáveis nas áreas de jurisdição das autoridades portuárias, as quais sempre gozaram de competências próprias, havendo ainda que referir a criação, em 22 de Novembro de 2002, do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos (IPTM), resultante da fusão de alguns institutos com jurisdição em certas áreas do Continente (nas regiões autónomas existem, integradas na administração regional, as Juntas Autónomas dos Portos de Angra do Heroísmo, Horta e Ponta Delgada e a Administração dos Portos da Região Autónoma da Madeira). Esse Instituto

tem jurisdição, nas áreas que cobre, sobre as zonas dentro dos limites da largura máxima legal do domínio público marítimo, os canais de navegação e as zonas flúvio-marítimas e as terrestres, considerando-se integrados no domínio público do Estado afecto ao IPTM os terrenos situados dentro da área de jurisdição do IPTM, que não sejam propriedade municipal ou de particulares, bem como os cais, docas, obras de acostagem e outras obras marítimas neles existentes. Ficam, todavia, excluídas "as áreas molhadas e terrestres afectas à defesa nacional, bem como as indispensáveis à execução de outros serviços públicos definidos na legislação em vigor" (art. 6º, Decreto-Lei n.º 257/2002, de 22 de Novembro).

Finalmente, em 20 de Janeiro de 2003, após debate na Assembleia da República (Sessão Plenária de 20 de Novembro de 2002, Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 57, de 21 de Novembro de 2002) das Grandes Opções do Conceito Estratégico de Defesa Nacional, foi publicada (Diário da República, Iª Série B, de 20 de Janeiro) a Resolução do Conselho de Ministros n.º 6/2003, que aprova o Conceito Estratégico de Defesa Nacional. Neste se afirma, nomeadamente, que "a política de Defesa Nacional tem como um dos objectivos a Segurança e Defesa do território nacional em toda a sua extensão, que abrange o Continente, Açores e a Madeira. Na definição dessa política, devem inscrever-se os seguintes elementos matriciais, considerados como Espaço Estratégico de Interesse Nacional Permanente: o território que se define, nas suas referências cardeais, entre o ponto mais a Norte, no concelho de Melgaço, até ao ponto mais a Sul, nas ilhas Selvagens; e do seu ponto mais a Oeste, na ilha das Flores, até ao ponto mais a Leste, no concelho de Miranda do Douro; o espaço de circulação entre as parcelas do território nacional, dado o seu carácter descontínuo; os espaços aéreo e marítimo sob responsabilidade nacional, as nossas águas territoriais, os fundos marinhos contíguos, a zona económica exclusiva e a zona que resultar do processo de alargamento da plataforma continental". Por sua vez, no capítulo sobre as ameaças relevantes, é afirmado que "é, por isso, de interesse estratégico prioritário, para Portugal, que a Defesa Nacional dê prioridade, no quadro constitucional e legal: às acções de fiscalização, detecção e rastreio do tráfico de droga nos espaços marítimo e aéreo sob jurisdição nacional, auxiliando as autoridades competentes no combate a este crime [...]". Tudo isto leva a que as Forças Armadas devam ter "capacidade de vigilância e controlo do território nacional e do espaço interterritorial, nele se incluindo a fiscalização dos espaços aéreo e marítimo nacionais."

Podemos deste modo concluir que, designadamente por força do princípio da unidade do Estado e da obrigação que lhe incumbe de assegurar a defesa nacional, nos termos do artigo 273º da Constituição, não é possível a transferência para os governos regionais de determinados bens, nomeadamente os que integram o domínio público marítimo, domínio público necessário do Estado. Assim sendo, os Estatutos Político-Administrativos das Regiões Autónomas não operaram qualquer transferência desses bens do domínio público marítimo, que continuam, assim, a ser bens do Estado.

7.4. Assente que o domínio público marítimo, no qual se integram os leitos das águas do mar e, por conexão necessária, as respectivas margens, cujo regime se encontra previsto no Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, se mantém domínio público do Estado, importa agora verificar se a norma contida no n.º 1 do artigo 36º daquele diploma é compatível com a Constituição. Como se referiu já, é o seguinte o teor do citado n.º. 1: "Os poderes conferidos pelo presente diploma ao Estado cabem nas Regiões Autónomas aos respectivos órgãos de governo próprio".

Ora, é corolário necessário da não transferibilidade dos bens do domínio público marítimo do Estado a impossibilidade de transferência dos poderes que sejam inerentes à dominialidade, isto é, os necessários à sua conservação, delimitação e defesa, de modo a que tais bens se mantenham aptos a satisfazer os fins de utilidade pública que justificaram a sua afectação.

Esta tese, indubitavelmente correcta, foi recentemente desenvolvida no parecer que a Comissão do Domínio Público Marítimo elaborou precisamente sobre o n.º 1 do artigo 36º do Decreto-Lei n.º 468/71, que ora nos ocupa. Nesse parecer (n.º 5945, de 18 de Janeiro de 2002, publicado no Boletim da Comissão do Domínio Público Marítimo, n.º 116, 2002, pgs. 12 a 17), a Comissão afirma que: "como decorre de tudo o que já se deixou dito, também a redacção proposta para este artigo 36º não pode merecer o acordo desta Comissão, dado que ela significa, de forma ainda mais clara e directa do que as propostas anteriores, a total regionalização das áreas dominiais que, como dissemos repetidamente, fazem parte do domínio público do Estado que se encontra integrado no sistema de Defesa Nacional e, portanto, não regionalizável, conforme esclarecem os Estatutos Político-Administrativos das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores. [...] Perante preceito tão drástico, até a própria defesa jurídica da dominialidade e da titularidade dos direitos de propriedade pública respectivos relativamente às margens - poderes que têm, nos processos de delimitação do domínio público marítimo, a sua expressão mais relevante - seriam subtraídos à autoridade do Estado. [...]"

Outro tanto se não diria da transferência de poderes secundários, que não afectasse a autoridade suprema do Estado nesta matéria, porque seriam configurados como delegação administrativa de competências nos órgãos ou serviços das Regiões Autónomas. De resto, tal possibilidade já foi encarada favoravelmente por esta Comissão, no seguimento de uma sugestão da Região Autónoma dos Açores, da qual resultou o Parecer n.º 5880 [...]."

Por outro lado, o próprio Tribunal Constitucional já considerou, no seu Acórdão n.º 458/93, de 12 de Agosto de 1993 (Diário da República, I Série-A, de 17 de Setembro de 1993), que os órgãos dos governos regionais "não dispõem de competência em matérias de segurança interna ou externa do Estado" e que a lei não pode "delegar a favor das regiões autónomas competências próprias da soberania, sob pena de violação do artigo 113º da Constituição".

É, assim, possível afirmar, como o fazem Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa, Anotada, Coimbra, 1993, pgs. 733 e 858), que existe uma "reserva de governo da República", nomeadamente em matéria de "relações externas, defesa, [...] gestão do espaço aéreo e marítimo", e que não podem ser transferidas para as regiões funções como as de "defesa nacional [...] do controlo do espaço aéreo e do domínio público marítimo". Torna-se, portanto, claro que a autonomia das regiões não afecta a soberania do Estado, devendo, para tal, ser "reservados ao aparelho de Estado todos os poderes tidos por constitucionalmente necessários para que o sistema funcione unitariamente [...]" (Carlos Blanco de Moraes, A Autonomia Legislativa Regional, Lisboa, 1993, pag. 405).

Entre os poderes expressamente conferidos ao Estado no Decreto-Lei n.º 468/71 e que se pretende, por força do disposto no n.º 1 do artigo 36º, em apreciação, transferir para "os órgãos de governo próprio" das Regiões Autónomas, encontram-se, seguramente, poderes inerentes à dominialidade, necessários para a sua conservação, delimitação e defesa. Ora, tendo-se concluído, como vimos, que as margens das águas do mar integram, nos termos previstos na lei, o domínio público marítimo e que os bens deste domínio público, nomeadamente por força do princípio da unidade do Estado e da obrigação que lhe incumbe de assegurar a defesa nacional, nos termos do artigo 273º da Constituição, não foram transferidos para as regiões autónomas, daí necessariamente decorre que não é possível transferir para "os órgãos de governo próprio" das regiões autónomas os poderes inerentes à dominialidade daqueles bens previstos no Decreto-Lei 468/71 e abrangidos pela previsão do artigo 36º, n.º 1, cuja constitucionalidade se está a apreciar.

Por tudo quanto se deixa dito, há que concluir pela inconstitucionalidade da norma contida no n.º 1 do artigo 36º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, na

redacção que lhe é dada pelo artigo 1º do Decreto n.º 30/IX da Assembleia da República, dado que opera uma transferência para os órgãos de governo próprio das regiões autónomas de poderes do Estado inerentes à dominialidade dos terrenos do domínio público marítimo, insusceptíveis, por força do princípio da unidade do Estado e da obrigação que lhe incumbe de assegurar a defesa nacional, nos termos do artigo 273º da Constituição, de transferência para as Regiões Autónomas.

III - Decisão

Nestes termos, o Tribunal Constitucional pronuncia-se:

pela inconstitucionalidade da norma constante do n.º 8 do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, na redacção que lhe é dada pelo artigo 1º do Decreto da Assembleia da República n.º 30/IX, por violação do princípio da reserva de lei decorrente das disposições conjugadas dos artigos 165º, n.º 1, alínea v), e 84º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa;

pela inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 36º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, na redacção que lhe é dada pelo artigo 1º do Decreto da Assembleia da República n.º 30/IX, na medida em que se refere ao domínio público marítimo, por violação do princípio da unidade do Estado decorrente das disposições conjugadas dos artigos 6º, n.º 1, e 273º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Lisboa, 11 de Março de 2003

Gil Galvão

Maria Helena Brito

Maria Fernanda Palma

Mário Torres

Benjamim Rodrigues

Luís Nunes de Almeida

Artur Maurício

Paulo Mota Pinto

Alberto Tavares da Costa

Bravo Serra

Pamplona de Oliveira , com declaração que junto.

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza (com declaração relativa à al.a).

José Manuel Cardoso da Costa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei a decisão, embora com a divergência relativa à fundamentação que muito esquematicamente se traduz no seguinte:

Quanto à primeira alínea da decisão, entendo que a norma em análise infringe também o princípio da legalidade exactamente nos termos invocados, a este propósito, pelo Presidente da República.

Quanto à segunda alínea, entendo que o fundamento da inconstitucionalidade material é outro, pois, tomando por mera deficiência a técnica legislativa que transpõe da norma ao pretender atribuir a órgãos das Regiões Autónomas os poderes pertencentes à pessoa colectiva Estado, o vício de inconstitucionalidade não radica - salvo o devido respeito por opinião diversa - na violação do princípio da unidade do Estado, mas na violação do princípio da legalidade; é que o núcleo essencial dos poderes relativos ao domínio público necessário do Estado não pode ser entregue às Regiões Autónomas por força do disposto nos artigos 84 n. 2, 111 n. 2 e, a contrario, pela alínea h) no n.1 do artigo 227, todos da Constituição.

Pamplona de Oliveira

Declaração de voto

1. Em meu entender, o n.º 8 que o Decreto n.º 30/IX da Assembleia da República veio acrescentar ao artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, deveria ser interpretado de forma a que a deliberação nele referida fosse entendida como a deliberação de construir a estrada; com esse sentido, não me teria pronunciado pela inconstitucionalidade.

O acórdão, todavia, perfilhou uma interpretação diferente, na verdade também permitida pela letra do preceito.

Assim sendo, e tendo em conta a definição da norma objecto do presente processo com o sentido definido pela maioria do Tribunal, pronunciei-me no sentido da sua inconstitucionalidade, mas por fundamentação diversa da que fez vencimento.

2. O fundamento do acórdão, no que respeita ao n.º 8 do artigo 3.º, assim entendido, é o de que a reserva de lei, em matéria de definição dos limites do domínio público, constitui uma reserva de "densificação total", com exclusão da intervenção normativa de outras entidades, e não uma reserva de mera "densificação parcial", como a que existe quando a lei se limita a definir as bases gerais ou o regime geral de determinado assunto, consentindo o seu desenvolvimento através de decreto-lei ou de actos regulamentares.

A verdade, porém, é que o n.º 8 do artigo 3.º não contém um reenvio normativo, não faz uma remissão para normas legais ou regulamentares de carácter secundário. O efeito do n.º 8 do artigo 3.º é, sim, o de atribuir aos governos regionais um poder de decisão concreta para determinar, em relação a cada estrada regional ou municipal que no futuro venha a ser construída na proximidade de águas públicas, se a largura da margem deve estender-se para lá da estrada a construir.

Trata-se, pois, de um poder discricionário, não de um poder regulamentar, o que assume a maior relevância do ponto de vista do alcance e das implicações do princípio da reserva de lei.

Com efeito, a exclusão de poderes normativos secundários, nomeadamente sob a forma de regulamentos independentes, não acarreta em si mesma uma proibição constitucional de atribuição de poderes discricionários aos órgãos da Administração.

A relação entre normas não é equiparável à relação entre norma e acto. O reenvio para normas de grau inferior diz respeito à estrutura do sistema de fontes e tem por objecto uma função que as normas superiores podem reservar integralmente para si. A atribuição de poderes discricionários destina-se a viabilizar o exercício de uma função que, por não ser normativa, não concorre com a lei nem opera no mesmo plano que ela.

Por isso entendo que a reserva de lei, ainda que entendida como uma reserva de "densificação total" no sentido dado a esta expressão pelo acórdão, não acarreta normalmente uma exigência estrita de tipicidade, expressa na definição de vinculações normativas absolutamente fechadas, como sucede no direito criminal ou no direito fiscal (*nullum crimen, nullum tributum sine lege*).

Na maioria dos casos, a reserva de lei conduzirá apenas a um reforço das exigências do princípio da legalidade, através de limites mais apertados postos à concessão de poderes discricionários, sem no entanto os proibir liminarmente.

A prática legislativa comprova-o, mesmo nas matérias mais sensíveis do ponto de vista constitucional, como é o caso dos direitos fundamentais.

Saber quais devam ser os limites da discricionariedade constitucionalmente possível constitui uma difícil questão teórica, que entre nós tem sido analisada por diversos autores (cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, págs. 334-340, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, 2ª ed., Coimbra, 2000, págs. 217-220 e VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra, 2001, págs. 340-348), com resultados nem sempre coincidentes.

Em minha opinião, era este caminho que deveria ter sido seguido, analisando especialmente a razão de ser da reserva de lei em matéria de definição dos limites do domínio público. Na ausência dessa análise, poderei apenas adiantar que a discricionariedade conferida aos governos regionais para a determinação dos limites das margens das águas públicas, embora restringida à faixa interior das estradas a construir (o que salvaguardaria a extensão mínima essencial da margem, à luz da norma do n.º 7 do mesmo artigo 3º), se me afigura, por um lado, insuficientemente justificada do ponto de vista da variabilidade previsível das situações a regular e, por outro lado, desacompanhada de quaisquer critérios legais orientadores do seu exercício.

Daí que me pareça ter sido ultrapassado, pela norma em causa, o grau de determinação heterónoma pressuposto no princípio da reserva de lei consagrado no n.º 2 do artigo 84.º da Constituição.

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Tribunal Constitucional ACÓRDÃO N.º 198/2003

Proc. N.º 377/99

Plenário

Relator: Cons. Carlos Pamplona de Oliveira

Acordam no Tribunal Constitucional:

Conforme lhe permite o artigo 281º n. 2 alínea d) da Constituição, o Provedor de Justiça veio requerer a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, solicitando que o Tribunal declare a respectiva inconstitucionalidade com força obrigatória geral "por violação do preceito constante do artigo 52º n. 1, conjugado com o artigo 18º ns. 2 e 3, da Constituição da República Portuguesa", das seguintes normas:

do artigo 127º n. 1 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-A/88 de 30 de Novembro e subsequentes alterações, cuja redacção, conferida pela Lei 10-B/96 de 23 de Março, é como segue:

Artigo 127º

Garantia de observância de obrigações fiscais

1 - As petições relativas a actos susceptíveis de produzirem rendimentos sujeitos a este imposto não poderão ter seguimento ou ser atendidas perante qualquer autoridade, repartição pública ou pessoa colectiva de utilidade pública sem que o respectivo sujeito passivo faça prova da apresentação da última declaração de rendimentos a que estiver obrigado ou de que não está sujeito ao cumprimento dessa obrigação.

- do artigo 105º n. 1 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (CIRC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88 de 30 de Novembro e subsequentes alterações, na seguinte redacção conferida pelo Decreto-Lei 121/95 de 31 de Maio:

Artigo 105º

Garantia de observância de obrigações fiscais

1 - As petições relativas a rendimentos sujeitos a IRC ou relacionadas com o exercício de actividades comerciais, industriais ou agrícolas por sujeitos passivos deste imposto não poderão ter seguimento ou ser atendidas perante qualquer autoridade, repartição pública ou pessoa colectiva de utilidade pública sem que seja feita prova da apresentação da declaração a que se refere o artigo 96º, cujo prazo de apresentação já tenha decorrido, ou de que não há lugar ao cumprimento dessa obrigação.

O Provedor de Justiça fundamenta, em suma, o seu pedido na seguinte ordem de argumentos:

a) As normas do artigos 127º, n.º 1, e 105º, n.º 1, respectivamente do CIRS e do CIRC, consubstanciam elas próprias verdadeiras restrições ao direito constitucional de petição [artigos 8º e 9º do requerimento].

b) Tais restrições não preenchem, no caso vertente, nenhum dos pressupostos materiais de que a Constituição faz depender a respectiva admissibilidade, consignados no artigo 18º, ns. 2 e 3, da CR [artigo 10º do requerimento]. Com efeito:

c) As normas impugnadas "destinam-se tão somente a fiscalizar o pagamento do imposto respectivo e o cumprimento de outras obrigações fiscais" - sendo que, justamente, se enquadram no capítulo de cada um dos códigos do IRS e do IRC dedicado à fiscalização do cumprimento dos tributos neles previstos e às obrigações acessórias das entidades públicas naquele domínio. Ou seja, as restrições consubstanciadas nas mencionadas disposições têm como único e exclusivo propósito conferir ao Estado um meio adicional de fiscalização do cumprimento, ou incumprimento, de uma determinada obrigação ou de um conjunto de obrigações fiscais [artigos 11º e 12º do requerimento].

Ora, esse objectivo "não tem previsão constitucional expressa, nem visa salvaguardar um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido" [artigo 13º do requerimento].

d) E não se diga, em contrário, que o propósito do legislador, ao emitir as normas em crise, foi o de garantir com maior eficácia a prossecução de políticas conferidas ao Estado, ou melhor, a satisfação de necessidades públicas para promoção de outros direitos fundamentais como o direito ao ensino ou à protecção da saúde, ou que visou pura e simplesmente uma concretização do direito à igualdade, encetando um mecanismo que permitisse mais facilmente denunciar os cidadãos que se eximem de um dever que a todos vincula, pois "nem todos os interesses constitucionalmente garantidos são adequados, sobretudo quando se trate de cláusulas demasiado vagas para suportarem qualquer confronto consistente com os direitos, liberdades e garantias" [artigo 14º do requerimento].

e) Ainda que se vislumbresse um qualquer interesse constitucional relevante justificativo das restrições em apreço, sempre se diria que as mesmas não respeitariam o princípio da proporcionalidade, nas suas três vertentes (da adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito) [artigo 15º do requerimento].

f) Que assim é, mostra-o a "alteração e revogação de um conjunto de normas do Código de Processo Civil de idêntico teor, designadamente os artigos 280º, 281º, 282º, 467º, n.º 3, e 551º, na sequência da revisão levada a efeito pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro" ? em resultado das quais "deixou de condicionar-se o normal prosseguimento da instância, a obtenção de uma decisão de mérito ou a utilização de uma prova documental à prévia demonstração do cumprimento de certas obrigações fiscais, como acontecia até 1996, limitando-se agora o tribunal a comunicar à administração fiscal a infracção eventualmente detectada, sem que o andamento da instância ou o uso de meios probatórios resultem assim prejudicados".

Ora, solução idêntica à que foi consagrada pelas referidas normas do Código de Processo Civil "poderia ter sido dada às situações a que respeitam as disposições constantes dos artigos 127º, n.º 1, do CIRS, e 105º, n.º 1, do CIRC" [artigos 16º a 18º do requerimento].

g) A modificação operada na lei processual civil "acabou por libertar as [correspondentes] disposições" (visando o objectivo de fiscalização, nesse domínio, da observância do cumprimento de preceitos fiscais) "de uma ameaça de inconstitucionalidade, por violação do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdiccional efectiva, como actualmente lhe chama o artigo 20º do texto constitucional" [artigo 19º do requerimento].

Mas, se dessa alteração, e atento designadamente "o que o Código de Processo Civil dispõe hoje de forma inequívoca no respectivo artigo 280º, as revogações registadas e o

carácter subsidiário da legislação" ? terão igualmente beneficiado os artigos 127º do CIRS e 105º do CIRC, no que toca às petições a apresentar perante os órgãos jurisdicionais, a verdade é que, excluído esse domínio de aplicação (o das petições judiciais), os mesmos preceitos se revelam "violadores de um outro direito fundamental - precisamente o direito de petição perante os restantes órgãos de soberania ou quaisquer autoridades, consignado no artigo 52º, n.º 1, da Lei Fundamental - com estatuto de direito, liberdade e garantia e submetido ao regime constitucional específico atrás identificado" [artigo 20º do requerimento].

h) O regime consagrado nas normas impugnadas implica que fique "inevitavelmente atingido o conteúdo essencial do preceito constitucional que consagra o direito de petição, já que o mesmo revelar-se-á irremediavelmente comprometido e esvaziado de sentido útil com a circunstância de o cidadão não poder, no momento em que se dirige a um órgão do Estado ou a uma qualquer entidade pública, fazer fê do cumprimento das respectivas obrigações fiscais" [artigo 21º do requerimento].

i) Assim, por imporem "restrições ao direito constitucional de petição" que "não respeitam os requisitos materiais de que o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias faz depender a respectiva admissibilidade", as normas constantes dos artigos 127º, n.º 1, do CIRS e 105º, n.º 1, do CIRC são "inconstitucionais por violação do direito de petição, com consagração no artigo 52º, n.º 1, da Constituição" [artigos 22º e 23º do requerimento].

Notificado nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 54º e 55º n.º 3 da LTC, o Primeiro-Ministro reafirmou a plena conformidade constitucional das normas objecto do requerimento apresentado pelo Provedor de Justiça, argumentando essencialmente o seguinte:

a) As normas em causa "dizem exclusivamente respeito a petições cujo objecto sejam rendimentos sujeitos a imposto".

O âmbito do condicionalismo quanto à aceitação das petições - diz-se "está, assim, delimitado restritivamente e com rigor", sendo que "não estão em causa todas as petições e a concomitante exigência do comprovativo dos cumprimentos das obrigações fiscais", mas "apenas e só [as] petições que digam respeito a situações geradoras de rendimentos tributáveis" [artigos 2º a 5º da resposta].

b) Reconhecendo-se a consagração constitucional do direito de petição e o facto de os direitos, liberdades e garantias só poderem ser restringidos na medida e apenas na medida em que tal seja necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, existe porém "um interesse constitucionalmente relevante que justifica o estabelecimento de condições para o exercício do direito de petição, de modo a controlar os infractores fiscais".

Tal interesse encontra expressão: por um lado, na obrigação, que incumbe ao Estado, de prossecução das tarefas fundamentais a que se refere o artigo 9º da CR, prossecução para a qual "necessário se torna a obtenção de receitas públicas", as quais "resultam, em larga medida, da cobrança dos impostos"; e, por outro lado, no princípio da igualdade, o qual "impõe o estabelecimento de mecanismos que conduzam a que todos os cidadãos, na medida das suas capacidades, paguem os impostos a que estão vinculados" [artigos 6º a 12º da resposta].

c) Por último, não pode afirmar-se que "as condições de acesso estabelecidas nos artigos 127º n.º 1 do CIRS e 105º n.º 1 do CIRC, são desproporcionadas em relação ao objectivo pretendido", nem se vê como perigam o direito de petição.

E, a este respeito, sublinha-se que "a questão não é de o cidadão não poder ☐ fazer fê do cumprimento das respectivas obrigações fiscais☐, pois, se o cidadão cumpriu as respectivas obrigações fiscais, "está em condições de ter imediato acesso ao direito de petição; se o não fez, terá que cumprir aquilo que é uma obrigação de cidadania, que a generalidade dos cidadãos cumpre escrupulosamente". Ou seja, o "acesso ao direito de petição depende apenas e só do cumprimento do dever de pagar impostos" [artigos 13º a 17º da resposta].

d) Em conclusão: "as condições de acesso ao direito de petição estabelecidas nos artigos 127º n.º 1 do CIRS e 105º n.º 1 do CIRC, respeitam os preceitos constantes dos artigos 52º n.º 1 e 18º ns. 2 e 3 da Constituição da República Portuguesa" [artigo 18º da resposta].

Elaborado o memorando a que alude o artigo 63º n.1 da LTC e fixada a orientação do Tribunal, importa decidir conforme dispõe o artigo 65º da mesma Lei.

Impõe-se começar por abordar uma questão prévia relacionada com a circunstância de, entretanto, ter ocorrido alteração, operada pelo Decreto-Lei n.º 198/2001 de 3 de Julho, das normas impugnadas.

Na verdade, por força deste diploma, - em que se procedeu a uma extensa reformulação da legislação relativa à tributação do rendimento, implicando integral renumeração e republicação dos respectivos Códigos - foram também o texto e a numeração do artigo 127º n.º 1 do CIRS e do artigo 105º n.º 1 do CIRC objecto de alteração.

O primeiro passou a corresponder ao artigo 137º n.º 1 do CIRS, com a seguinte redacção:

Sem prejuízo das regras especiais previstas no Código de Processo Civil, as petições relativas a actos susceptíveis de produzirem rendimentos sujeitos a este imposto não podem ter seguimento ou ser atendidas perante qualquer autoridade, repartição pública ou pessoa colectiva de utilidade pública sem que o respectivo sujeito passivo faça prova da apresentação da última declaração de rendimentos a que estiver obrigado ou de que não está sujeito ao cumprimento dessa obrigação.

O segundo passou a corresponder ao artigo 122º n.º 1 do CIRC, com a seguinte redacção:

Sem prejuízo das regras especiais do Código de Processo Civil, as petições relativas a rendimentos sujeitos a IRC, ou relacionadas com o exercício de actividades comerciais, industriais ou agrícolas por sujeitos passivos deste imposto, não podem ter seguimento ou ser atendidas perante qualquer autoridade, repartição pública ou pessoas colectivas de utilidade pública sem que seja feita prova de apresentação da declaração a que se refere o artigo 112º, cujo prazo de apresentação já tenha decorrido ou de que não há lugar ao cumprimento dessa obrigação.

Como se vê, os actuais artigos 137º n.º 1 do CIRS e 122º n.º 1 do CIRC mantêm inalterado o regime constante dos anteriores artigos 127º n.º 1 do CIRS e 105º n.º 1 do CIRC tendo apenas ressalvado, em ambos os casos, a aplicação das regras especiais previstas no Código de Processo Civil.

Seja como for, importa colocar a questão de saber se pode conhecer-se do pedido, tomando como seu objecto a norma desses actuais artigos 137º n.º 1 do CIRS e 122º n.º 1 do CIRC. E isto porque tal conhecimento, se referido unicamente à norma dos preceitos que os precederam (como seria teoricamente possível) se revela despido de

utilidade - mormente na hipótese, que é a que interessa para o efeito, de um eventual juízo de inconstitucionalidade.

Como se sabe, o Tribunal tem entendido, em jurisprudência constante e uniforme, que, por força do princípio do pedido expresso no artigo 51º n.º 5 da LTC, no caso de revogação da norma ou das normas que concretizam o objecto do pedido, não pode operar-se a "convolação" do mesmo objecto na norma ou nas normas do diploma revogatório que, tendo um conteúdo preceptivo correspondente ou semelhante àquelas, eventualmente a haja ou as hajam substituído (cfr., por exemplo, entre os mais recentes, os Acórdãos n.º 531/00 e n.º 269/01, publicados no Diário da República, II Série, de 9 de Janeiro de 2001, pp. 368 e ss., e de 20 de Julho de 2001, pp. 12157 e ss., respectivamente).

Na sua aplicação prática, no entanto, esta orientação geral implica e tem naturalmente sofrido importantes modelações, perante as circunstâncias de cada caso.

Assim, escreveu-se no Acórdão n.º 308/01 (publicado no Diário da República, I-A Série, de 20 de Novembro de 2001, pp. 7427 e ss.) que onde a alteração da norma impugnada "não correspond[am] a nenhuma alteração substancial", nem "traduz[am] nenhuma verdadeira alteração sistemática", tratando-se apenas [por exemplo] de "um mero rearranjo formal traduzido na reordenação das alíneas de um único preceito, resultante da mera introdução de uma nova alínea", tal não obsta ao conhecimento do pedido. O Acórdão n.º 368/02 (publicado no Diário da República, II Série, de 25 de Outubro de 2002) considerou, por seu turno, que a renumeração dos artigos do mesmo diploma não implica, só por si, uma alteração dos correspondentes preceitos em que se encontram vertidas as normas questionadas - a renumeração não determina que as mesmas normas passem "a ter o seu suporte noutra disposição legal", susceptível de conduzir à impossibilidade de conhecer da constitucionalidade das novas normas.

Afirmou-se ainda, no mencionado Acórdão n.º 308/01, o seguinte:

Aproxima-se assim o caso presente - tratando-se de uma norma de um código cujos preceitos sofreram sucessivas redacções e não de normas idênticas de diplomas sucessivos -, daquele que foi por este Tribunal decidido no Acórdão n.º 806/93 (in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 26º vol., pp. 95 e segs.), onde se entendeu tomar conhecimento do pedido relativo ao art. 55º, n.º 1, e), do Código do IRS, apesar de ele ter sido entretanto alterado (antes mesmo, aliás, da apresentação do pedido), por essa alteração ter apenas consistido no aditamento de um inciso que em nada relevava para o pedido (cfr. p. 107): "não se poderá no caso falar de uma verdadeira e própria revogação, pois que está em causa a sucessão no tempo de distintas redacções conferidas por legislação avulsa a um preceito integrante de um Código" (p. 106). E afasta-se do caso decidido no Acórdão n.º 57/95, (in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 30º vol., pp. 141 e segs., no n.º 8, em especial 8.3 e 8.4.5), onde o Tribunal, embora com votos de vencido, deixou de conhecer da questão da constitucionalidade quanto, designadamente, às normas dos artigos 74º e 75º do CIRS, por ter entendido que "as alterações suportadas pelas normas daqueles dois artigos" eram "de tal modo profundas" que não se podia conhecer da questão da sua conformidade com a Constituição. É que neste último caso o Tribunal reconheceu a existência de uma verdadeira e profunda alteração sistemática: "de facto, o art. 74º do CIRS foi objecto de uma remodelação ou reestruturação quase integral". E mesmo o não conhecimento do pedido relativamente a algumas alíneas daqueles artigos cuja alteração consistia apenas no facto de terem mudado de posição sistemática ficou a dever-se ao facto de essa mudança se situar no contexto dessa total reorganização daqueles dois artigos do Código do IRS, o que no presente caso não acontece. As "formulações" do citado Acórdão n.º 57/95 sobre esta questão hão-de ser situadas no respectivo contexto e não comportam uma generalização tão ampla que levasse ao não

conhecimento do pedido num caso como o dos autos, em que a alteração de numeração de uma alínea, dentro do mesmo número de um mesmo preceito, resulta da mera introdução de uma outra alínea, sem quaisquer outras consequências substanciais ou sistemáticas. Isso seria uma extrapolação excessiva daquele mencionado aresto.

Pois bem: no caso dos autos, estão precisamente também em causa normas de "um código cujos preceitos sofreram sucessivas redacções e não de normas idênticas de diplomas sucessivos". Por outro lado, poderá porventura dizer-se que o tipo de alteração sofrida pelas normas impugnadas se situa como que a meio caminho entre o das situações sobre as quais recaíram os Acórdãos n.º 806/93 e n.º 308/01, por um lado, e o da situação sobre a qual recaiu o Acórdão n.º 57/95, por outro: com efeito, não se está agora perante um simples "rearranjo" sistemático-formal (como é o caso duma simples recolocação ou renumeração dos preceitos), mas também não pode dizer-se que as mesmas hajam sido objecto de alterações "profundas", consistentes na respectiva "remodelação ou reestruturação quase integral", ou de "uma modificação substancial das normas, dando origem, assim, a normas materialmente novas, ou seja, a normas que expressem uma diferente opção política do legislador" (cit. Acórdão n.º 57/95).

Em boa verdade - e para além da sua renumeração (decorrente da vasta reformulação de que os Códigos em que se inserem foram então objecto), a qual, por si só, seria de todo irrelevante - do que se tratou foi tão-só de pôr o teor (ou a letra) dos preceitos em harmonia com a efectiva extensão normativa deles, tal como passara a ser após a alteração de que foram objecto, na reforma de 1995/1996 (Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, e Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro), o artigo 280º e outros do Código de Processo Civil. É que efectivamente - e tal como o Provedor de Justiça expressou no seu requerimento inicial - a partir daí já devia concluir-se que as normas dos então artigos 127º, n.º 1, do CIRS, e 105º, n.º 1, do CIRC haviam de interpretar-se com ressalva do que passara a dispor-se naquele Código, em consequência (aí, sim) de uma "diferente opção política do legislador". Por isso, foi já assumindo essa ressalva, e "lendo" os correspondentes preceitos com a inclusão dela [cfr. supra, n.º 3, g)], que aquela entidade submeteu ao Tribunal as normas que são objecto do presente processo.

Mas, se é assim, então essas normas - as normas que integram o pedido, tal como formulado pelo requerente - não chegaram afinal a sofrer qualquer alteração substancial, por parte do Decreto-Lei n.º 198/2001: trata-se das mesmas normas, apenas com diferente numeração e com a "explicitação" da ressalva que, a partir de certo momento (e à data da formulação do pedido), já tinha de considerar-se nelas implicitamente incluída.

Por esta razão, entende-se que é de conhecer do pedido referindo-o agora às normas dos actuais artigos 137º, n.º 1, do CIRS, e 122º, n.º 1, do CIRC, correspondentes, nos mesmos Códigos, às normas dos anteriores artigos 127º, n.º 1, e 105º, n.º 1, respectivamente.

Avancemos, pois, para a questão de fundo.

Note-se desde já que é lícito admitir que a solução encontrada pelo legislador, nas questionadas normas, teve, como fonte próxima, o artigo 116º do Código da Contribuição Industrial, cujo teor era o seguinte:

Artigo 116º

As petições relativas a actos que se relacionem com o exercício do comércio ou indústria não poderão ter seguimento ou ser atendidas em juízo, nem perante qualquer autoridade, corpo administrativo, repartição pública, pessoa colectiva de

utilidade pública administrativa ou organismo de coordenação económica, sem se mostrar paga a contribuição industrial vencida no ano anterior ou que está pendente reclamação, impugnação ou recurso da sua liquidação.

§ 1º As autoridades administrativas não poderão consentir, sem igual prova, o exercício do comércio ou indústria nos mercados, feiras e lugares públicos sob a sua jurisdição.

§ 2º Se o contribuinte beneficiar de isenção ou não tiver havido liquidação por se tratar de actividade iniciada no último ano ou no corrente, deverá provar-se que foi apresentada a declaração referida no artigo 111º, quando exigível.

§ 3º Não tendo sido liquidada a contribuição por qualquer outro motivo, a repartição de finanças certificará o facto, em documento isento de imposto de selo, ou no duplicado da declaração a que se refere o artigo 111º se for apresentado para tal efeito.

É visível que no corpo do preceito se consagrou uma solução normativa idêntica àquela que ficou agora a constar dos Códigos do IRS e IRC: mas também é perceptível a diminuição do grau ou da intensidade da restrição ou do condicionamento que actualmente acabou por ficar consagrado nas aludidas normas.

Tem-se, assim, por certo que o que se tem em vista, nas disposições ora em análise, são actos ou actividades do contribuinte susceptíveis de gerarem rendimento sujeito a IRS ou IRC e a propósito ou por causa dos quais ele tenha de dirigir-se a qualquer das entidades referidas naquelas disposições, como por exemplo, o requerimento para obtenção de uma licença ou de um alvará ou, eventualmente, o da solicitação do fornecimento de um serviço público. Não se está a pensar numa situação de produção de rendimentos daquela natureza como consequência directa e imediata do acto cuja prática se solicita. De resto, a declaração exigida refere-se a factos do pretérito, pois que a sua apresentação apenas é obrigatória no ano seguinte ao da obtenção do rendimento.

A questão de constitucionalidade vem suscitada pelo Requerente com referência ao "direito de petição", reconhecido pelo artigo 52º n. 1 da CR: é a violação desse direito que se imputa às normas impugnadas, por elas se traduzirem numa sua "restrição" inadmissível.

Crê-se, todavia, que, assim isolado, um tal referente constitucional - cuja pertinência, aliás, o Primeiro-Ministro, na sua resposta, não questiona - não vem agora ao caso.

É que tal direito - por isso mesmo catalogado constitucionalmente entre os "direitos, liberdades e garantias de participação política" - liga-se à "defesa dos direitos" dos cidadãos e respeita a uma genérica faculdade, que tanto pode ser exercida individual como colectivamente, de "apresentação de um pedido ou de uma proposta, a um órgão de soberania ou a qualquer autoridade pública, no sentido de que tome, adopte ou proponha determinadas medidas": assim se lê no nº 1 do artigo 2º da Lei nº 43/90, de 10 de Agosto, que o regulou (e que, nos demais números do mesmo artigo, define ou caracteriza algumas modalidades específicas que pode revestir - logo mencionadas, de resto, no texto constitucional - como são as de "representação", "reclamação" ou "queixa"); trata-se de um direito que comporta os direitos de representação, reclamação ou queixa que se desenvolvem em paralelo com os direitos que se desenvolvem no procedimento administrativo ou na acção jurisdicional formais.

Ora, as normas questionadas não se reportam, nem têm em vista as "petições" através das quais se concretize o exercício do específico direito garantido pelo artigo 52º n. 1 CR, mas algo de diverso, a saber: os pedidos, solicitações ou requerimentos,

formulados por uma pessoa singular ou colectiva a uma entidade pública. A referência, nas disposições em causa, a "pessoas colectivas de utilidade pública" há de ser entendida como àquelas que sejam titulares de "poderes públicos" - poderes que lhes caiba exercer justamente sob "petição" dos particulares no sentido de esta desenvolver uma actuação (maxime, praticar um acto administrativo) no interesse do requerente. Ou seja: tratar-se-á de pedidos que visam desencadear uma actividade administrativa concreta em benefício do interessado. Quando a solicitação de tal actividade ou actuação tenha a ver com actos do requerente susceptíveis de produzirem rendimento sujeito a IRS, ou seja relativa a rendimentos sujeitos a IRC ou relacionada com actividades comerciais, industriais ou agrícolas daquele, só poderá ter seguimento cumprido o ónus imposto pelas normas sub judicio.

Afigura-se, pois, que a invocação da violação directa do "direito de petição" carece de fundamento.

Mas se é improcedente colocar a questão da constitucionalidade na perspectiva em que o Requerente a situa e que acima se delineou, nem por isso, todavia, está o Tribunal impedido de a analisar à luz de outro ou outros parâmetros constitucionais: antes isso lhe é expressamente consentido pelo artigo 51º n.º 5 da LTC.

O parâmetro a que pode reconhecer-se dignidade constitucional será, para efeito desta análise, o do direito à actuação administrativa perspectivado na dimensão de um direito à decisão; tal direito considerar-se-ia implícito nos grandes princípios constitucionais, sejam eles o direito a uma resposta da Administração, conforme resulta do citado artigo 52 n.1 CR, seja o princípio da legalidade a que a Constituição, no seu artigo 266º, subordina a Administração Pública (ou de constituir uma decorrência deles, se não mesmo do próprio princípio do Estado-de-direito, conjugado com o "monopólio da autoridade" do Estado), seja ele ainda o dos "direitos dos administrados" de que se trata no artigo 268º daquela (atente-se, em particular, no direito a obter a condenação da Administração à prática de um acto devido).

No que toca ainda ao artigo 52 da CR e ao direito que eventualmente dele deflui, há que atentar que a Constituição garante aos cidadãos, na parte final do seu n. 1, "o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação" ; ora, se relativamente a este direito a se estas exigências são formuladas constitucionalmente, não se vê que, relativamente a um direito de conteúdo porventura ainda mais amplo, este não tenha constitucionalmente de implicar uma dimensão que comporte o direito de ser informado, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

Posto isso, bem poderá, então, perguntar-se se nas normas em apreço não vai insita uma "restrição" inadmissível desse direito.

Tem-se por seguro, porém, que a resposta a tal questão haverá de ser negativa, conforme se procurará demonstrar.

Desde logo, é mais do que duvidoso que o ónus imposto pelos artigos 137º n.º 1 do CIRS e 122º n.º 1 do CIRC deva qualificar-se como "restrição" a um qualquer direito: poder-se-ia, pelo menos num certo entendimento das coisas, até caracterizá-lo como um simples "condicionamento" ao direito de requerer e obter uma certa actuação (uma decisão, por exemplo) administrativa, pois que aí se não estaria perante a exclusão desse direito em certas circunstâncias: apenas o seu exercício, com êxito, ficaria condicionado ao cumprimento prévio de um dever legal.

Seja como for, mesmo que nos situássemos perante uma restrição, estava a mesma justificada por outro "direito ou interesse constitucionalmente protegido" e que encontrará na Constituição cobertura "expressa", tudo como se exige no artigo 18º desta última - e exactamente ao invés do que alega o Requerente.

Quanto ao primeiro ponto, e visando o ónus estabelecido pelas normas sub judicio a "garantia da observância de obrigações fiscais" (como precisamente se lê nas correspondentes epígrafes), e, ao cabo, a cobrança dos impostos devidos, claro é que se está perante a protecção de um relevantíssimo interesse constitucional: logo o mostra - independentemente da consideração, bastante indirecta, mas pertinente, invocada na resposta do Primeiro-Ministro - quanto se consigna no artigo 103º da CR, onde tal interesse directamente se ancora.

Quanto ao segundo ponto, tudo radica em que se está perante um dispositivo legal cujo objectivo é o de assegurar o cumprimento de um dever que tem a sua sede imediata no mencionado artigo 103º da CR e nas finalidades que ele define para o sistema fiscal; ora o reconhecimento constitucional de um dever representa, justamente, uma das formas ou modalidades possíveis de autorização constitucional para uma eventual restrição de direitos.

Por outro lado, e ainda a tratar-se de "restrição", não ocorre violação do princípio da "proporcionalidade", na sua tripla vertente - ao contrário do que igualmente alega o Requerente. Com efeito:

- é óbvio que a regulamentação em causa não é "desadequada" à protecção do interesse constitucional que se visa acautelar;
- não pode dizer-se que não seja "necessária" para conferir a tal protecção um grau bastante de eficácia;
- e seguramente que não é "desproporcionada", stricto sensu, pois o "custo" em que se traduz, para obter o "benefício" daquela protecção, é tão-somente o de fazer a prova do cumprimento de um dever jurídico (o da apresentação da declaração anual de rendimentos, que não - sublinhe-se - o do pagamento do imposto), instrumento, por sua vez, do cumprimento de um "dever fundamental";

É certo que no domínio do processo civil deixou entretanto de vigorar, a partir da reforma de 1995/1996, um regime de "cautelas fiscais" tão estrito como o mantido pelas normas em apreço - e não deixará de ser tentador invocar esse facto, em contrário do que antes ficou dito: no fundo, não é noutra lógica, senão a dessa contraposição, que repousa, substancialmente, o pedido do Provedor de Justiça.

Simplesmente:

desde logo poderá dizer-se que se está perante situações diferentes, pelo menos quanto à natureza da actividade pública em causa (e à "dependência" em que a actividade dos sujeitos passivos de imposto dela possa encontrar-se);

depois, importa atentar em que, mesmo no domínio do processo civil, sempre subsiste a ressalva da parte final do nº 1 do artigo 280º do respectivo Código: ora, dentro do domínio de aplicação dos artigos 137º, nº 1, do CIRS, e 122º, nº 1, do CIRC não faltarão situações substantivamente equiparáveis a essas;

por último, dir-se-á que, se houver de registar-se, apesar de tudo, alguma "inconsequência", entre as soluções agora adoptadas pelo Código de Processo Civil e as mantidas pelo CIRS e pelo CIRC, desse facto, por si só, não terá de retirar-se uma conclusão de inconstitucionalidade das segundas daquelas soluções legislativas.

Não pode, em suma, ver-se nas questionadas normas uma qualquer ofensa a preceitos ou princípios constitucionais.

Em consequência, decide-se não declarar a inconstitucionalidade das normas constantes inicialmente do artigo 127º n. 1 do CIRS e do artigo 105º n. 1 do CIRC e agora do artigo 137º n. 1 do CIRS e do artigo 122º n. 1 do CIRC, na redacção a estes dada pelo Decreto-Lei n. 198/2001 de 3 de Julho.

Lisboa, 10 de Abril de 2003

Carlos José Belo Pamplona de Oliveira

Benjamim Rodrigues

Luís Nunes de Almeida

Artur Maurício

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

Paulo Mota Pinto

Alberto Tavares da Costa

Bravo Serra

Gil Galvão

Maria Helena Brito

Maria Fernanda Palma

Mário José de Araújo Torres

José Manuel Cardoso da Costa

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Menú

[Inicio](#)
[Consejo redactor](#)
[Equipo de trabajo](#)
[Números Publicados](#)
[Base Documental](#)
[Suscríbete](#)
[Revista 1 - AJ Union Europea](#)

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sentencia Gözütok (C-187/01 y 385/01). Ne bis in idem. De 11 de febrero de 2003.

[Ver la sentencia](#)

Sentencia Barcardi Martini (C-318/00). Cuestión prejudicial. De 21 de enero de 2003.

[Ver la sentencia](#)

Sentencia Roquette Frères (C-94/00). Inviolabilidad del domicilio. De 22 de octubre de 2002. **TOLDOS: 211450**

[Ver la sentencia](#)

Sentencia Oteiza (C-100/01). Libertad de circulación. De 26 de noviembre de 2002. **TOLDOCS: 258752**

[Ver la sentencia](#)

Sentencia American Tobacco (C-491/01). Cuestión prejudicial. De 10 de diciembre de 2002. **TOLDOCS: 220621**

[Ver la sentencia](#)

Conclusiones del Abogado General en el asunto Comisión v. Reino Unido (C-30/01). Gibraltar. De 16 de enero de 2003.

[Ver la sentencia](#)

Sentencia Arben Kaba (C-466/00). Garantías procesales. De 6 de marzo de 2003.

[Ver la sentencia](#)

Sentencia Dory (C-186/01). Discriminación por razón del sexo. De 11 de marzo de 2003.

[Ver la sentencia](#)

[\[Volver\]](#)



© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

© 2011 Revista del Foro Constitucional Iberoamericano
Joomlat is Free Software released under the GNU/GPL License.

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de febrero de 2003⁽¹⁾

Comentario de Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

La Sentencia Gözütok (C-187/01 y 385/01, de 11 de febrero de 2003) es la primera resolución del TJCE pronunciada en el marco del **artículo 35 TUE**, concretamente a raíz de los problemas que planteaba la aplicación del **Acuerdo Schengen**, de 14 de junio de 1985 y la imposibilidad de invocar la **litispendencia** en dos procesos penales en curso en dos Estados diferentes de la UE. El pronunciamiento es muy interesante, porque en uno de los procesos se había llegado a un acuerdo extrajudicial, mientras que en el otro no cabía dicha posibilidad. El Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo estudió con detalle la figura de la conciliación en materia penal, a efectos de determinar si podía invocarse el **principio ne bis in idem**. Tanto él como el TJCE concluyeron que sí, considerando que la conciliación tiene como efectos la asunción de culpabilidad por parte del reo, y un refrendo jurisdiccional similar el que ofrece una Sentencia firme de condena. Aunque parezca un pronunciamiento algo especializado desde un plano procesal (pues el grueso del asunto se encontraba en la naturaleza de las conciliaciones extrajudiciales en procesos penales, o “procedimientos de extinción de la acción pública”, como los llama el Tribunal), es la primera vez que el TJCE se pronuncia en el marco del Tercer Pilar, donde no duda en incorporar todo el bagaje jurisprudencial antiguo y actualmente desarrollado en el pilar comunitario. Además, habría que destacar cómo las esmeradas Conclusiones de Ruiz-Jarabo profundizan en la necesidad de un Derecho de la Unión Europea anclado entre el Derecho de la CE y la jurisprudencia de Estrasburgo.

TEXTO DE LA SENTENCIA

«Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen - Principio ne bis in idem - Ámbito de aplicación - Decisiones por las que el ministerio fiscal ordena, sin la intervención de un órgano jurisdiccional, el archivo definitivo de las diligencias penales, previo cumplimiento de ciertos requisitos por el imputado»

En los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01,

que tienen por objeto sendas peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 35 UE, por el Oberlandesgericht Köln (Alemania) y el Rechtbank van eerste aanleg te Veurne (Bélgica), destinadas a obtener, en los procesos penales seguidos ante dichos órganos jurisdiccionales contra

Hüseyin Gözütok (asunto C-187/01)

y

Klaus Brügge (asunto C-385/01),

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO 2000, L 239, p. 19), firmado en Schengen (Luxemburgo) el 19 de junio de 1990,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por el Sr. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente, los Sres. J.-P. Puissechet, M. Wathelet, R. Schintgen (Ponente) y C.W.A. Timmermans, Presidentes de Sala, y los Sres. C. Gulmann, A. La Pergola, P. Jann y V. Skouris, las Sras. F. Macken y N. Colneric y los Sres. S. von Bahr y J.N. Cunha Rodrigues, Jueces; Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;
Secretario: Sr. H.A. Rühl, administrador principal;

Consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre del Sr. Gözütok, por el Sr. N. Hack, Rechtsanwalt (asunto C-187/01);
- en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. W.-D. Plessing, en calidad de agente (asuntos C-187/01 y C-385/01);
- en nombre del Gobierno belga, por la Sra. A. Snoecx, en calidad de agente (asunto C-385/01);
- en nombre del Gobierno francés, por los Sres. R. Abraham y G. de Bergues y la Sra. C. Isidoro, en calidad de agentes (asunto C-187/01);
- en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. H.G. Sevenster, en calidad de agente (asuntos C-187/01 y C-385/01);
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. W. Bogensberger y C. Ladenburger (asunto C-187/01) y por los Sres. W. Bogensberger y R. Troosters (asunto C-385/01), en calidad de agentes;

habiendo considerado el informe para la vista; oídas las observaciones orales del Sr. Gözütok, representado por el Sr. N. Hack; del Gobierno alemán, representado por el Sr. A. Dittrich, en calidad de agente; del Gobierno belga, representado por la Sra. A. Snoecx y los Sres. J. Devadder y

W.Detavernier, en calidad de agentes; del Gobierno francés, representado por el Sr. R. Abraham; del Gobierno italiano, representado por el Sr. G. Aiello, avvocato dello Stato; del Gobierno neerlandés, representado por la Sra. C. Wissels, en calidad de agente, y de la Comisión, representada por los Sres. W. Bogensberger y R. Troosters, expuestas en la vista de 9 de julio de 2002;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 19 de septiembre de 2002;

dicta la siguiente

SENTENCIA

1. Mediante resoluciones de 30 de marzo y 4 de mayo de 2001, recibidas en el Tribunal de Justicia el 30 de abril y el 8 de octubre siguientes, respectivamente, el Oberlandesgericht Köln (C-187/01) y el Rechtbank van eerste aanleg te Veurne (C-385/01) plantearon, con arreglo al artículo 35 UE, sendas cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO 2000, L 239, p. 19; en lo sucesivo «CAAS»), firmado en Schengen el 19 de junio de 1990.

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de dos procesos penales seguidos, por un lado, en Alemania contra el Sr. Gözütok y, por otro lado, en Bélgica contra el Sr. Brügge, por las infracciones que éstos habían cometido en los Países Bajos y en Bélgica, espectralmente, si bien en otro Estado miembro se han archivado definitivamente las actuaciones seguidas contra ambos imputados por los mismos hechos, después de que aquéllos abonaran determinado importe fijado por el ministerio fiscal en el marco de un procedimiento de extinción de la acción pública.

MARCO JURÍDICO

3. El artículo 1 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, anexo al Tratado sobre la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea mediante el Tratado de Amsterdam (en lo sucesivo, «Protocolo»), autorizó a trece Estados miembros de la Unión Europea, entre los que se encuentran el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania y el Reino de los Países Bajos, a establecer entre sí una cooperación reforzada en el ámbito de aplicación del acervo de Schengen, tal como se define en el anexo de dicho Protocolo.

4. En particular, forman parte del acervo de Schengen, así definido, el Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985 (DO 2000, L 239, p. 13; en lo sucesivo, «Acuerdo de Schengen»), y el CAAS.

5. El Acuerdo de Schengen y el CAAS tienen por objeto «lograr la supresión de controles en las fronteras comunes en la circulación de personas [...]» (párrafo segundo del preámbulo del CAAS), habida cuenta de que «la unión, cada vez más estrecha, entre los pueblos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas debe plasmarse en el libre paso de las fronteras interiores para todos los nacionales de los Estados miembros [...]» (párrafo primero del preámbulo del Acuerdo de Schengen). Conforme al párrafo primero del preámbulo del Protocolo, el acervo de Schengen pretende «potenciar la integración europea y hacer posible, en particular, que la Unión Europea se convierta con más rapidez en un espacio de libertad, seguridad y justicia». A tenor del artículo 2 UE, párrafo primero, cuarto guión, figuran entre los objetivos de la Unión Europea el mantenimiento y el desarrollo de dicho espacio, en el que está garantizada la libre circulación de personas.

6. Con arreglo al artículo 2, apartado 1, párrafo primero, del Protocolo, a partir de la fecha de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el acervo de Schengen pasa a ser inmediatamente aplicable a los trece Estados miembros a que se refiere el artículo 1 de dicho Protocolo.

7. En aplicación del artículo 2, apartado 1, párrafo segundo, segunda frase, del Protocolo, el Consejo adoptó, el 20 de mayo de 1999, la Decisión 1999/436/CE, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen (DO L 176, p. 17). Del artículo 2 de la citada Decisión, en relación con el anexo A de ésta, se desprende que el Consejo escogió como bases jurídicas de los artículos 54 a 58 del CAAS los artículos 34 UE y 31 UE, que forman parte del título VI, denominado «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal», del Tratado sobre la Unión Europea.

8. Los artículos 54 a 58 del CAAS integran el capítulo 3, denominado «Aplicación del principio non bis in idem», del título III, a su vez denominado «Policía y seguridad». En particular, prevén lo siguiente:

«Artículo 54

Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado

la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena.

Artículo 55

1. En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, una Parte contratante podrá declarar que no está vinculada por el artículo 54 en uno o varios de los supuestos siguientes:

a) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en este último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la Parte contratante donde se haya dictado la sentencia;

b) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante;

c) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo.

2. Las Partes contratantes que hayan hecho una declaración relativa a la excepción mencionada en la letra b) del apartado 1 deberán precisar las categorías de infracciones a las que podrá aplicarse dicha excepción.

3. Las Partes contratantes podrán retirar en cualquier momento la declaración relativa a una o varias de las excepciones mencionadas en el apartado 1.

4. Las excepciones que hayan sido objeto de una declaración con arreglo al apartado 1 no se aplicarán cuando, para los mismos hechos, la Parte contratante interesada haya solicitado la persecución a la otra Parte contratante o haya concedido la extradición de la persona de que se trate.

[...]

Artículo 58

Las disposiciones anteriores no serán obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto non bis in idem vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.»

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

Asunto C-187/01

9. El Sr. Gözütok es un nacional turco que reside en los Países Bajos desde hace varios años. Regenta en la ciudad de Heerlen, con la denominación «Coffee- and Teahouse Schorpioen», un establecimiento de comida rápida.

10. En dos registros efectuados en dicho establecimiento el 12 de enero y el 11 de febrero de 1996, la policía neerlandesa descubrió, respectivamente, 1 kg de hachís, 1,5 kg de marihuana y 41 cigarrillos de hachís, así como 56 g de hachís, 200 g de marihuana y 10 cigarrillos de hachís, de los que se incautó.

11. De los autos se desprende que las diligencias penales que se iniciaron en los Países Bajos contra el Sr. Gözütok a raíz de las incautaciones de 12 de enero y de 11 de febrero de 1996 se dieron por concluidas después de que éste aceptara las transacciones ofrecidas por el ministerio fiscal en el marco de un procedimiento de extinción de la acción pública y abonara los importes de 3000 NLG y 750 NLG, respectivamente, que el ministerio fiscal exigía a tal efecto.

12. A este respecto, el artículo 74, apartado 1, del Wetboek van Strafrecht (Código Penal neerlandés) dispone:

«Antes de que se inicie la fase oral, el ministerio fiscal puede establecer uno o varios requisitos para evitar acciones penales en relación con delitos, salvo aquellos que la ley sancione con penas privativas de libertad superiores a seis años, y faltas. El derecho a ejercitar la acción penal se extinguirá cuando el imputado haya cumplido tales requisitos.»

13. Entre los mencionados requisitos puede figurar el pago al Estado de un importe que oscila entre 5 NLG y la multa máxima que puede imponerse por el hecho imputado.

14. El 31 de enero de 1996 un banco alemán alertó a las autoridades alemanas acerca de las grandes sumas que el Sr. Gözütok manejaba en la cuenta bancaria de que era titular.

15. Tras recabar información de las autoridades neerlandesas sobre las actuaciones ilícitas del Sr. Gözütok, la policía alemana procedió a su detención en Alemania el 15 de marzo de 1996. El 1 de julio de 1996, la Staatsanwaltschaft Aachen (ministerio fiscal de Aquisgrán) (Alemania) imputó al Sr. Gözütok haberse dedicado en los Países Bajos al tráfico de estupefacientes al menos en dos ocasiones, en una de ellas en cantidades considerables, durante el período comprendido entre el 12 de enero y el 11 de febrero de 1996.

16. El 13 de enero de 1997 el Amtsgericht Aachen (Alemania) condenó al Sr. Gözütok a una pena de un año y cinco meses de privación de libertad, suspendida de forma condicional.

17. Tras recurrir el Sr. Gözütok y el ministerio fiscal dicha sentencia en apelación, el Landgericht Aachen (Alemania) sobreseyó, mediante resolución de 27 de agosto de 1997, el proceso penal iniciado contra el Sr. Gözütok porque, de conformidad con el artículo 54 del CAAS, la decisión de archivar definitivamente las diligencias penales adoptada por las autoridades neerlandesas vinculaba a las autoridades penales alemanas. A juicio del mencionado órgano jurisdiccional, la decisión de archivo de las diligencias penales se adoptó a raíz de una transacción propuesta por el ministerio fiscal («transactie») que, aun cuando no prevea la participación del juez ni adopte la forma de una sentencia, constituye un procedimiento de Derecho neerlandés equiparable a una condena firme («rechtskräftige Verurteilung»), conforme a la versión alemana del artículo 54 del CAAS.

18. El ministerio fiscal interpuso un recurso contra esta resolución del Landgericht Aachen ante el Oberlandesgericht Köln, que, al estimar que la resolución del litigio requiere la interpretación del artículo 54 del CAAS, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se produce para la República Federal de Alemania el agotamiento de la acción penal, con arreglo al artículo 54 del CAAS, si, de conformidad con el Derecho de los Países Bajos, la acción penal por los mismos hechos está ya agotada en el ámbito nacional? ¿Se produce en concreto el agotamiento de la acción penal cuando una decisión del ministerio fiscal que ordena el sobreseimiento del procedimiento, una vez que se hayan satisfecho las cargas impuestas (transactie holandesa), excluye la persecución ante un tribunal holandés, mientras que, según el Derecho de otros Estados contratantes, dicha decisión necesita de la aprobación judicial?»

Asunto C-385/01

19. El ministerio fiscal belga abrió diligencias contra el Sr. Brügge, nacional alemán residente en Rheinbach (Alemania), por haber causado éste, el 9 de octubre de 1997 en Oostduinkerke (Bélgica), lesiones dolosas a la Sra. Leliaert, punibles conforme a lo dispuesto en los artículos 392, 398, apartado 1, y 399, apartado 1, del Código Penal belga, que le provocaron una enfermedad o incapacidad laboral.

20. Ante el Rechtbank van eerste aanleg te Veurne, que, actuando en materia penal, había dirigido una citación al Sr. Brügge, la Sra. Leliaert ejercitó la acción civil y solicitó una indemnización de los perjuicios

morales sufridos por un importe de 20.000 BEF, más los correspondientes intereses a partir del 9 de octubre de 1997.

21. En las diligencias de investigación practicadas contra el Sr. Brügge en relación con los hechos por los que se le citó ante el Rechtbank van eerste aanleg te Veurne, la Staatsanwaltschaft Bonn (ministerio fiscal de Bonn) (Alemania) le propuso, mediante escrito de 22 de julio de 1998, un acuerdo amistoso consistente en el pago de un importe de 1.000 DEM. Tras abonar el Sr. Brügge el importe propuesto el 13 de agosto siguiente, el ministerio fiscal ordenó el archivo de las diligencias penales.

22. De los autos se desprende que el acuerdo amistoso alcanzado tenía por fundamento el artículo 153a, en relación con el artículo 153, apartado 1, segunda frase, de la Strafprozessordnung (Código de Procedimiento Penal alemán), conforme a los cuales el ministerio fiscal puede, en determinadas circunstancias, ordenar el archivo de las diligencias penales, sin la aprobación del órgano jurisdiccional competente, especialmente cuando el imputado ha abonado determinada suma en favor de una institución de interés general o del Tesoro Público.

23. Al estimar que la resolución del litigio de que conoce depende de la interpretación del artículo 54 del CAAS, el Rechtbank van eerste aanleg te Veurne decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Permite la aplicación del artículo 54 del [CAAS] que el ministerio público belga emplace a un nacional alemán ante un tribunal penal belga y que sea juzgado por los mismos hechos respecto a los que el ministerio público alemán le ofreció, mediante acuerdo amistoso, el sobreseimiento de la causa tras el pago de una cantidad, que fue abonada por el inculcado?»

24. Por razón de su conexión, el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, ordenó la acumulación de los dos asuntos a efectos de la sentencia, conforme al artículo 43 de su Reglamento de Procedimiento.

SOBRE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

25. Mediante sus cuestiones, que procede examinar conjuntamente, los órganos jurisdiccionales remitentes solicitan esencialmente que se dilucide si el principio ne bis in idem, consagrado en el artículo 54 del CAAS, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública como los controvertidos en los litigios principales.

26. Del propio tenor del artículo 54 del CAAS se desprende que una persona «que haya sido juzgada en sentencia firme» en un Estado

miembro no puede ser perseguida por los mismos hechos en otro Estado miembro.

27. Mediante un procedimiento de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, el ministerio fiscal, habilitado a tal efecto por el ordenamiento jurídico nacional pertinente, ordena el archivo de las diligencias penales practicadas contra un imputado después de que éste haya cumplido ciertas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal.

28. En consecuencia, procede señalar en primer lugar que, en un procedimiento de este tipo, la acción pública se extingue mediante una decisión adoptada por una autoridad competente para participar en la administración de la justicia penal en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate.

29. En segundo lugar, debe destacarse que dicho procedimiento, cuyos efectos, previstos en la legislación nacional aplicable, dependen de que el imputado asuma el compromiso de cumplir ciertas obligaciones establecidas por el ministerio fiscal, sanciona el comportamiento ilícito que se atribuye a aquél.

30. En estas circunstancias, procede concluir que cuando la acción pública se extingue definitivamente a resultas de un procedimiento como los controvertidos en los litigios principales, debe considerarse que la persona de que se trate ha sido «juzgada en sentencia firme», en el sentido del artículo 54 del CAAS, por los hechos que se le imputan. Además, una vez que se cumplan las obligaciones impuestas al imputado, ha de estimarse que la sanción que implica el procedimiento de extinción de la acción pública se ha «ejecutado», en el sentido de la mencionada disposición.

31. El hecho de que en dicho procedimiento no intervenga ningún órgano jurisdiccional y de que la decisión con la que culmine no adopte la forma de una sentencia no puede desvirtuar esta interpretación, en la medida en que tales aspectos procesales y formales no influyen en modo alguno en los efectos del procedimiento, que se describen en los apartados 28 y 29 de la presente sentencia y que, al no existir indicación expresa en contrario en el artículo 54 del CAAS, deben considerarse suficientes para que se aplique el principio *ne bis in idem* previsto por dicha disposición.

32. Asimismo, ha de señalarse que ni las disposiciones del título VI del Tratado de la Unión Europea, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal, entre las que se encuentran los artículos 34 y 31, bases jurídicas de los artículos 54 a 58 del CAAS, ni las del Acuerdo de Schengen o del propio CAAS supeditan la aplicación del artículo 54 del CAAS al requisito de que se armonicen o, cuando menos, se aproximen

las legislaciones

penales de los Estados miembros en el ámbito de los procedimientos de extinción de la acción pública.

33. En estas circunstancias, el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, con independencia de que se aplique a procedimientos de extinción de la acción pública en los que se prevea o no la intervención de un órgano jurisdiccional o a sentencias, implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente.

34. Por los mismos motivos, la aplicación por un Estado miembro del principio *ne bis in idem*, tal como se prevé en el artículo 54 del CAAS, a procedimientos de extinción de la acción pública sustanciados en otro Estado miembro sin intervención de un órgano jurisdiccional no puede supeditarse al requisito de que el ordenamiento jurídico del primer Estado tampoco exija dicha intervención jurisdiccional.

35. Esta interpretación del artículo 54 del CAAS queda corroborada si se tiene en cuenta que es la única que hace que el objeto y la finalidad de dicha disposición prevalezcan sobre los aspectos procesales o meramente formales, por lo demás variables en función de los Estados miembros de que se trate, y que garantiza una aplicación eficaz del mencionado principio.

36. A este respecto, procede señalar, por un lado, que, como se desprende del artículo 2 UE, párrafo primero, cuarto guión, mediante el Tratado de Amsterdam la Unión Europea se impuso como objetivo mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas.

37. Además, tal como se desprende del párrafo primero del preámbulo del Protocolo, la aplicación en el marco de la Unión Europea del acervo de Schengen, del que forma parte el artículo 54 del CAAS, pretende potenciar la integración europea y hacer posible, en particular, que dicha Unión se convierta con más rapidez en el espacio de libertad, seguridad y justicia que tiene por objetivo mantener y desarrollar.

38. El artículo 54 del CAAS, que pretende evitar que una persona, por el hecho de que ejerza su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros, sólo puede contribuir eficazmente al íntegro cumplimiento de tal objeto si se aplica también a las decisiones por las que se archivan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aun cuando se adopten

sin intervención de un órgano jurisdiccional y no adopten la forma de una sentencia.

39. Por otro lado, los ordenamientos jurídicos nacionales que prevén procedimientos de extinción de la acción pública como los controvertidos en los litigios principales circunscriben su uso a los casos en que concurren circunstancias concretas o se dan ciertas infracciones taxativamente enumeradas o preestablecidas que, por lo general, no son de las más graves y se sancionan únicamente con penas que no pasan de determinado grado de severidad.

40. En estas circunstancias, limitar la aplicación del artículo 54 del CAAS a las decisiones de extinción de la acción pública que se adopten por un órgano jurisdiccional o que revistan la forma de una sentencia equivaldría a que sólo pudieran acogerse al principio *ne bis in idem* previsto en dicha disposición y, en consecuencia, a la libre circulación que ésta pretende facilitar los acusados que hubieran sido condenados por infracciones que, debido a su gravedad o a las sanciones que lleven aparejadas, impidan que se haga uso de la solución simplificada de algunos asuntos penales que ofrecen los procedimientos de extinción de la acción pública como los controvertidos en los litigios principales.

41. Sin embargo, los Gobiernos alemán, belga y francés objetan que no sólo el tenor del artículo 54 del CAAS, sino también su sistema y, en particular, su relación con los artículos 55 y 58 de dicho Convenio, así como la voluntad de las Partes contratantes de éste y otros textos internacionales de similar objeto, se oponen a que se interprete que el mencionado artículo 54 es aplicable a procedimientos de extinción de la acción pública en los que no se prevea la intervención de ningún órgano jurisdiccional. El Gobierno belga añade que, a los efectos de la aplicación de esta disposición, una decisión adoptada al término de un procedimiento como el controvertido en el asunto *Brügge* sólo puede equipararse a una sentencia firme si, con carácter previo, se garantizan debidamente los derechos de la víctima.

42. Por lo que respecta, en primer lugar, al tenor del artículo 54 del CAAS, procede recordar que, tal como se desprende de los apartados 26 a 38 de la presente sentencia, el hecho de que se utilicen en él los términos «juzgada en sentencia firme» no impide que se interprete dicha disposición, habida cuenta de su objeto y finalidad, en el sentido de que puede también aplicarse a procedimientos de extinción de la acción pública que, como los controvertidos en los litigios principales, no prevén la intervención de ningún órgano jurisdiccional.

43. En segundo lugar, lejos de exigir que el artículo 54 del CAAS se aplique únicamente a sentencias o a procedimientos de extinción de la acción pública que prevean la intervención de un órgano jurisdiccional, los artículos 55 y 58 del CAAS son compatibles con la interpretación de

esta disposición que se desprende de los apartados 26 a 38 de la presente sentencia.

44. En efecto, por un lado, en la medida en que permite a los Estados miembros excluir de la aplicación del principio *ne bis in idem* ciertos hechos taxativamente enumerados que se contemplen en sentencias extranjeras, el artículo 55 del CAAS, tiene que referirse lógicamente a los mismos actos y procedimientos por los que una persona pueda, por los mismos hechos, ser «juzgada en sentencia firme» en el sentido del artículo 54 del CAAS. Esta conclusión se ve confirmada por el hecho de que los artículos 54 y 55 del CAAS utilicen, en la mayoría de las versiones lingüísticas, el mismo término para designar dichos actos y procedimientos.

45. Por otro lado, la aplicación del artículo 54 del CAAS a procedimientos de extinción de la acción pública como los controvertidos en los litigios principales no puede privar al artículo 58 del CAAS de su efecto útil. El tenor de dicha disposición permite a los Estados miembros aplicar disposiciones nacionales más extensivas que las previstas no sólo en el artículo 54 del CAAS, sino también en todas las disposiciones de dicho Convenio relativas a la aplicación del principio *ne bis in idem*. Asimismo, no sólo les permite aplicar este principio a resoluciones jurisdiccionales que no se encuentren incluidas en el ámbito de aplicación del mencionado artículo 54, sino que les reconoce, de manera más general, el derecho a aplicar disposiciones nacionales que extiendan el alcance de tal principio o supediten su aplicación a requisitos menos estrictos, con independencia de la naturaleza de las decisiones extranjeras de que se trate.

46. Por lo que respecta, en tercer lugar, a la voluntad de las Partes contratantes expresada en determinados trabajos parlamentarios nacionales para la ratificación del CAAS o del Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación del principio *ne bis in idem*, de 25 de mayo de 1987, cuyo artículo 1 es esencialmente idéntico al artículo 54 del CAAS, basta con señalar que tales trabajos son anteriores a la integración del acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea mediante el Tratado de Amsterdam.

47. Por último, en lo que atañe a la alegación del Gobierno belga según la cual la aplicación del artículo 54 del CAAS a las transacciones penales puede menoscabar los derechos de la víctima de una infracción, procede declarar que el principio *ne bis in idem*, consagrado en dicha disposición, tiene por único efecto evitar que en un Estado miembro se incoen nuevas diligencias penales contra una persona que haya sido juzgada mediante sentencia firme en otro Estado miembro por los mismos hechos. Dicho principio no impide a la víctima ni a cualquier otro perjudicado por el comportamiento del imputado ejercitar

o mantener una acción civil para solicitar la reparación del perjuicio sufrido.

48. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal.

COSTAS

49. Los gastos efectuados por los Gobiernos alemán, belga, francés, italiano y neerlandés, así como por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes de los litigios principales, el carácter de un incidente promovido ante los órganos jurisdiccionales nacionales, corresponde a éstos resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Oberlandesgericht Köln y el Rechtbank van eerste aanleg te Veurne mediante resoluciones de 30 de marzo y 4 de mayo de 2001, respectivamente, declara:

El principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal.

Rodríguez Iglesias
Puissochet
Wathelet

Schintgen
Timmermans
Gulmann

La Pergola
Jann
Skouris

Macken
Colneric
von Bahr

Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 11 de febrero de 2003.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

1: Lenguas de procedimiento: alemán y neerlandés.

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de enero de 2003⁽¹⁾

Comentario de Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

En la Sentencia Barcardi Martini (C-318/00, de 21 de enero de 2003) el TJCE sigue al Abogado General Tizzano en la resolución de un asunto sobre la extensión de la **cooperación leal entre jurisdicciones nacional y comunitaria**. Resumiendo mucho los complejos antecedentes del caso, la High Court inglesa se encontraba ante un incumplimiento de contrato del Newcastle F.C., por no haber difundido la publicidad sobre productos alcohólicos pactados con Bacardi, concretamente durante la celebración de acontecimientos deportivos. El motivo se debía a la prohibición francesa sobre publicidad en espectáculos deportivos, que prohíbe la difusión de este tipo de publicidad. Dado que el Newcastle jugaba un partido contra el Metz, la retransmisión televisiva, con difusión en territorio francés, podía situar al Newcastle ante un dilema irresoluble, lo que le lleva a apostar por el incumplimiento contractual. El juez inglés, al analizar el asunto, pretende enjuiciar la compatibilidad de la Ley francesa con el Derecho comunitario, y para ello formula una cuestión prejudicial indirecta, donde realmente se le pide al TJCE que declare la licitud o ilicitud de la disposición extranjera. Ante esta situación, tanto el Abogado General como el TJCE hacen alusión, en términos negativos, al verdadero objeto de la **cuestión prejudicial**, incluso facilitando al Tribunal británico que replantee la cuestión (trámite que ignoró, reiterando nuevamente la pregunta). La Sentencia y las Conclusiones destacan muy bien los límites del reenvío, especialmente desde la óptica del fraude procesal en el marco de la cuestión prejudicial. A la Sentencia Bacardi hay que sumarle las Conclusiones del asunto Schneider (C-380/01, de 10 de diciembre de 2002), donde también se defiende la inadmisibilidad del reenvío, conformando así un díptico interesante sobre la cuestión.

TEXTO DE LA SENTENCIA

«Cuestión prejudicial - Libre prestación de servicios - Negativa a exhibir publicidad de bebidas alcohólicas en un acontecimiento deportivo que tiene lugar en un Estado miembro cuya legislación admite la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas pero que se retransmite por televisión en otro Estado miembro cuya legislación prohíbe tal publicidad - Relevancia de las cuestiones para la solución del litigio principal»

En el asunto C-318/00,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Reino Unido), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Bacardi-Martini SAS,

Cellier des Dauphins,

y

Newcastle United Football Company Ltd,

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por el Sr. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente, los Sres. J.-P. Puissochet y M. Wathelet, Presidentes de Sala, los Sres. C. Gulmann, D.A.O. Edward, P. Jann (Ponente) y V. Skouris, las Sras. F. Macken y N. Colneric, y los Sres. S. von Bahr y J.N. Cunha Rodrigues, Jueces; Abogado General: Sr. A. Tizzano; Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de Bacardi-Martini SAS y Cellier des Dauphins, por los Sres. N. Green, QC, y M. Hoskins, Barrister, designados por Townleys y posteriormente por Hammond Suddards Edge, Solicitors;

- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. R.V. Magrill y posteriormente por la Sra. G. Amodeo, en calidad de agentes, asistidas por el Sr. K. Beal, Barrister;

- en nombre del Gobierno francés, por el Sr. G. de Bergues y la Sra. R. Loosli-Surrans, en calidad de agentes;

- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. K. Banks, en calidad de agente; habiendo considerado la respuesta del órgano jurisdiccional remitente a una solicitud de aclaración formulada de conformidad con el artículo 104, apartado 5, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, recibida en el Tribunal de Justicia el 26 de febrero de 2002;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Bacardi-Martini SAS y de Cellier des Dauphins, representadas por los Sres. N. Green y M. Hoskins; del Gobierno del Reino Unido, representado por la Sra. G. Amodeo, asistida por el Sr. K. Beal; del Gobierno francés, representado por la Sra. Loosli-Surrans, y de la Comisión, representada por el Sr. H. van Lier, en calidad de agente, expuestas en la vista de 14 de mayo de 2002;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 26 de septiembre de 2002; dicta la siguiente

SENTENCIA

1. Mediante resolución de 28 de julio de 2000, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de agosto siguiente, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, planteó, con arreglo al artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación).
2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un procedimiento iniciado por Bacardi-Martini SAS y Cellier des Dauphins (en lo sucesivo, «demandantes en el procedimiento principal») contra Newcastle United Football Company Ltd (en lo sucesivo, «Newcastle») y dirigido a obtener la indemnización de los perjuicios que alegan haber sufrido a causa de la supuesta injerencia de Newcastle en la ejecución de los contratos de emisión de anuncios publicitarios que habían celebrado con Dorna Marketing (UK) Ltd (en lo sucesivo, «Dorna»).

MARCO JURÍDICO

3. La loi n. 91/32, du 10 janvier 1991, relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme (Ley francesa n. 91/32, de 10 de enero de 1991, relativa a la lucha contra el tabaquismo y el alcoholismo) (JORF de 12 de enero de 1991, p. 615; en lo sucesivo, «Ley Évin»), modificó el artículo L. 17 del code des débits de boissons (Código sobre venta de bebidas), que se convirtió posteriormente en el artículo L.3323-2 del code de la santé publique (Código de salud pública).
4. Dicha disposición autoriza con carácter exhaustivo determinadas formas de propaganda o de publicidad, directa o indirecta, de bebidas alcohólicas.
5. Se desprende de la Ley Évin que queda prohibida toda forma de publicidad de bebidas alcohólicas, que se definen como aquellas con un contenido en alcohol superior a 1,2., que no esté expresamente autorizada. La publicidad televisiva de bebidas alcohólicas, al no estar expresamente autorizada, está prohibida.
6. Dicha prohibición queda confirmada por el artículo 8 del Decreto n. 92-280, de 27 de marzo de 1992, adoptado en aplicación del punto 1 del artículo 27 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage (Ley de 30 de septiembre de 1986 relativa a la libertad de comunicación y por la que se fijan los principios generales del régimen aplicable a la publicidad y al patrocinio) (JORF de 28 de marzo de 1992, p. 4313), que establece lo siguiente:

«Queda prohibida la publicidad relativa a, por un lado, los productos cuya publicidad televisiva sea objeto de una prohibición legislativa y, por otro, los siguientes productos y sectores económicos:

- bebidas con un contenido en alcohol superior a 1,2.;

[...]»

7. El Conseil supérieur de l'audiovisuel (en lo sucesivo, «CSA») es una autoridad administrativa independiente encargada de garantizar el ejercicio de la libertad de comunicación. Controla, en particular, la publicidad emitida por los servicios de comunicación audiovisual. El CSA puede imponer sanciones administrativas a las emisoras que no respeten las obligaciones derivadas, entre otras, de la Ley Évin.

8. El CSA adoptó, en 1995, un code de bonne conduite (Código de buena conducta) que contiene principios relativos a la emisión televisiva en las cadenas francesas de acontecimientos deportivos que tienen lugar en Francia o en el extranjero y en los que se exhiben paneles publicitarios de bebidas alcohólicas. Los principios enunciados en dicho Código, que ha sido modificado en diversas ocasiones, carecen de alcance normativo, pero se admiten, con arreglo al preámbulo del mencionado Código, como interpretación voluntariamente aceptada conforme a la buena fe.

9. Según el Código de buena conducta adoptado por el CSA, tal como estaba formulado en el momento en que se produjeron los hechos del litigio principal, los productores y anunciantes franceses no deben ser tratados de modo diferente a sus competidores extranjeros, dentro de los límites de la ley del país en el que el acontecimiento tiene lugar.

10. Dicho Código parte del principio de que la emisora no debe dar muestras de permisividad respecto de la publicidad de bebidas alcohólicas.

11. A estos efectos, realiza una distinción entre los «acontecimientos internacionales» y los «otros acontecimientos» que se desarrollan en el extranjero.

12. En el caso de los «acontecimientos internacionales», cuyas imágenes se retransmiten en un gran número de países y, por tanto, no pueden considerarse dirigidas principalmente al público francés, las emisoras francesas, cuando transmiten imágenes cuya captación no controlan, no pueden ser acusadas de permisividad respecto a los anuncios de que se trate, aunque aparezcan en pantalla.

13. En cuanto a los «otros acontecimientos», cuando la legislación del país en el que se celebran autoriza la publicidad de bebidas alcohólicas en el lugar donde se desarrolla la competición, pero su retransmisión se

dirige específicamente a la audiencia francesa, incumbe a quienes contraten con el titular de los derechos de emisión el deber de emplear todos los medios a su alcance para impedir que aparezcan en pantalla marcas de bebidas alcohólicas.

14. El British Code of Advertising (Código de publicidad británico) no prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas, ni restringe las formas de publicidad de las mismas. No obstante, limita en varios aspectos el contenido permisible de tal publicidad.

LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES

15. Las demandantes en el procedimiento principal son sociedades francesas que se dedican, en particular, a producir y comercializar bebidas alcohólicas. Newcastle es una sociedad inglesa propietaria y administradora de un club y de un estadio de fútbol.

16. En el marco de un acuerdo celebrado en 1994 entre, por un lado, una asociación y varios clubes de fútbol, entre los que figuraba Newcastle, y, por otro, Dorna, esta última quedó encargada de vender y exhibir publicidad alrededor de las bandas del terreno de juego de los clubes en cada partido que los primeros equipos de dichos clubes jugaran en su campo.

17. Con arreglo a dos contratos celebrados en noviembre de 1996 entre las demandantes en el procedimiento principal y Dorna, esta última se comprometió a poner a disposición de las primeras espacios publicitarios en su sistema rotatorio electrónico de publicidad durante un partido entre Newcastle y Metz, un club de fútbol francés, que había de disputarse en Newcastle el 3 de diciembre de 1996 en el marco de la tercera ronda de la Copa de la UEFA (Unión de asociaciones europeas de fútbol).

18. Dicho partido debía ser televisado en el Reino Unido y en Francia. Newcastle se había comprometido en particular, en virtud de un acuerdo con CSI Ltd (en lo sucesivo, «CSI»), una sociedad inglesa cuya actividad consiste especialmente en la venta de derechos de retransmisión televisiva sobre acontecimientos deportivos, a autorizar y/o facilitar la emisión en directo del partido en la televisión francesa.

19. Los anuncios de bebidas alcohólicas que debían emitirse durante el partido en virtud de los contratos celebrados entre las demandantes en el procedimiento principal y Dorna eran conformes a las exigencias del Derecho inglés.

20. Poco antes del inicio del partido, Newcastle tuvo conocimiento de que Dorna había vendido a las demandantes en el procedimiento

principal espacios publicitarios con el fin de exhibir anuncios de bebidas alcohólicas durante el partido. Por consiguiente, Newcastle informó a Dorna de que, dado que el partido iba a ser transmitido por una cadena de televisión francesa, sería aplicable la legislación francesa que restringía la publicidad de bebidas alcohólicas, por lo que Dorna debía retirar de sus paneles los anuncios publicitarios de las demandantes en el procedimiento principal con el fin de cumplir dicha normativa.

21. Al no poder retirarse los referidos anuncios de los paneles rotativos tan poco tiempo antes del inicio del partido, el sistema de publicidad fue programado de manera que, durante el partido, éstos sólo aparecieran durante intervalos de uno a dos segundos, en lugar de los treinta segundos previstos en los contratos. Al haber vendido CSI los derechos de retransmisión a la cadena francesa Canal +, dicho partido se retransmitió en directo en la televisión francesa.

22. El 23 de julio de 1998, las demandantes en el procedimiento principal interpusieron un recurso contra Dorna y Newcastle ante la High Court (England & Wales), Queen's Bench Division, con el fin de obtener, entre otros, una indemnización por daños y perjuicios y un mandamiento de medidas de reparación. Posteriormente, los recursos contra Dorna fueron retirados.

23. En apoyo de las acciones ejercitadas contra Newcastle, las demandantes en el procedimiento principal alegan que el incumplimiento de los contratos que celebraron con Dorna es imputable a Newcastle, que la injerencia de Newcastle en tales contratos no puede justificarse en virtud de las disposiciones de aplicación de la Ley Évin puesto que dichas disposiciones son incompatibles con el artículo 59 del Tratado y que Newcastle es, por tanto, responsable de los daños y perjuicios causados a las demandantes en el procedimiento principal por el incumplimiento de los contratos mencionados que provocó.

24. Las demandantes en el procedimiento principal estiman que las disposiciones de aplicación de la Ley Évin, en particular, tal y como han sido interpretadas y aplicadas por el CSA, infringen el artículo 59 del Tratado en la medida en que constituyen una restricción a la prestación transfronteriza de servicios, puesto que restringen la publicidad de bebidas alcohólicas en acontecimientos deportivos que tienen lugar en Estados miembros distintos de Francia cuando esos acontecimientos van a ser televisados en Francia, y/o porque prohíben o restringen la emisión televisiva en Francia de acontecimientos deportivos que tienen lugar en otros Estados miembros cuando se exhibe publicidad de bebidas alcohólicas en el lugar donde aquéllos se desarrollan.

25. Según las demandantes en el procedimiento principal, el interés público que las disposiciones de aplicación de la Ley Évin tratan de proteger está adecuadamente amparado por la normativa sobre publicidad de bebidas alcohólicas aplicable en el Reino Unido.

26. Por otra parte, las demandantes en el procedimiento principal afirman que, por distintas razones, las restricciones impuestas con arreglo a las disposiciones de aplicación de la Ley Évin son desproporcionadas.

27. En su contestación a la demanda, Newcastle alega, en particular, que el hecho de que encargara a Dorna que retirase los anuncios de las demandantes en el procedimiento principal sobre la base de las disposiciones de aplicación de la Ley Évin estaba justificado porque tales disposiciones son compatibles con el artículo 59 del Tratado.

28. La High Court señala, por una parte, que varios órganos jurisdiccionales franceses han dictado resoluciones divergentes sobre la aplicabilidad de la Ley Évin a las emisiones transfronterizas de acontecimientos deportivos. Por otra parte, hace referencia a un informe pericial relativo a los efectos prácticos de las disposiciones de aplicación de la Ley Évin que se le presentó. De él se deduce, en particular, que los partidos anteriores a los cuartos de final de la Copa de la UEFA se consideran «otros acontecimientos» en el sentido del Código de buena conducta adoptado por el CSA.

29. Después de llegar al convencimiento de que las cuestiones suscitadas no entraban en el ámbito de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298, p. 23), la High Court consideró que la disposición de Derecho comunitario aplicable era el artículo 59 del Tratado.

30. No obstante, por su condición de órgano jurisdiccional inglés, no consideró adecuado pronunciarse de modo definitivo sobre la legalidad de una Ley francesa a la luz del artículo 59 del Tratado, en especial, sin que el Gobierno francés hubiera podido presentar sus observaciones sobre la cuestión.

31. En estas circunstancias, la High Court decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Los artículos L. 17 a L. 21 del Código francés sobre venta de bebidas (las Disposiciones de aplicación de la Ley Évin), el artículo 8 del Decreto n. 92-280, de 27 de marzo de 1992, y las disposiciones del Código de buena conducta, de 28 de marzo de 1995, ¿son contrarios al

artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación), en la medida en que impiden o restringen

a) la publicidad de bebidas alcohólicas en acontecimientos deportivos que tienen lugar en Estados miembros distintos de Francia cuando esos acontecimientos van a ser televisados en Francia, y

b) la emisión en Francia de acontecimientos deportivos que tienen lugar en otros Estados miembros y en los que se exhibe publicidad de bebidas alcohólicas?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, la forma en que dichas disposiciones son interpretadas y aplicadas en la práctica por el Conseil supérieur de l'audiovisuel, ¿es contraria al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación), en la medida en que impide o restringe

a) la publicidad de bebidas alcohólicas en acontecimientos deportivos que tienen lugar en Estados miembros distintos de Francia cuando esos acontecimientos van a ser televisados en Francia, y

b) la emisión en Francia de acontecimientos deportivos que tienen lugar en otros Estados miembros y en los que se exhibe publicidad de bebidas alcohólicas?»

32. Por considerar poco claras, sobre la base de los documentos presentados al Tribunal de Justicia, las razones por las que era necesaria la respuesta a las cuestiones prejudiciales para que el órgano jurisdiccional remitente pudiera pronunciarse en el asunto principal, el Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 104, apartado 5, de su Reglamento de Procedimiento, solicitó a dicho órgano jurisdiccional que explicara con más detalle por qué motivo Newcastle podía invocar la Ley Évin -suponiendo que sea compatible con el artículo 59 del Tratado- para que se desestimara el recurso del que era objeto.

33. Respondiendo a dicha solicitud, la High Court precisó que los recursos presentados contra Newcastle se fundaban en el «perjuicio derivado de la inducción a un incumplimiento contractual». Pues bien, en el Derecho inglés está firmemente asentado el principio de que una parte puede invocar que una injerencia de este tipo en un contrato está justificada. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, pronunciándose a la luz de todas las circunstancias del asunto, determinar en qué puede consistir tal justificación.

34. En el caso de autos, Newcastle alegó que tenía derecho a dar instrucciones para que se retiraran los anuncios publicitarios del estadio, puesto que, entre otros motivos, «tales instrucciones se habían dado en la medida en que podía razonablemente pensarse que, de no darlas, se produciría una infracción del Derecho francés».

35. Las demandantes en el procedimiento principal, por su parte, adujeron que tal defensa era inaceptable en el marco del Derecho comunitario, por cuanto la Ley Évin es, en cualquier caso, contraria al artículo 59 del Tratado.

36. Por consiguiente, la High Court consideró oportuno solicitar al Tribunal de Justicia que resolviera con carácter prejudicial el problema de Derecho comunitario que le había planteado.

SOBRE ADMISIBILIDAD

Observaciones presentadas al Tribunal de Justicia

37. El Gobierno francés y la Comisión sostienen que las cuestiones prejudiciales no son admisibles. En efecto, según el Gobierno francés, no hay aplicación extraterritorial de la legislación francesa. En su opinión, la responsabilidad por una eventual violación de la ley francesa con motivo de la emisión en Francia del partido disputado en Inglaterra habría correspondido a la cadena de televisión francesa que había adquirido los derechos de difusión televisiva. La única motivación de Newcastle al invocar la aplicación de la legislación francesa era el temor a perder la contrapartida de los derechos televisivos.

38. La Comisión añade que el órgano jurisdiccional remitente no ha precisado si tales consideraciones financieras podrían justificar la injerencia en un contrato entre terceros y, en tal caso, de qué manera. Con carácter más general, el órgano jurisdiccional remitente no ha proporcionado ninguna indicación al Tribunal de Justicia sobre la forma en que las respuestas a las cuestiones planteadas podrían ayudarle a resolver el asunto del que conoce.

39. En cambio, según las demandantes en el procedimiento principal la admisibilidad de la remisión prejudicial resulta del hecho de que el órgano jurisdiccional remitente debe examinar todas las justificaciones invocadas ante él. Precisan que no se discute que la decisión de Newcastle estuviera motivada por la existencia y por los efectos de la legislación francesa. Aducen que esta tentativa de justificación no es válida en la medida en que la Ley Évin es incompatible con el artículo 59 del Tratado.

40. El Gobierno del Reino Unido suscribe esta argumentación y añade que si el acuerdo celebrado entre Newcastle y CSI preveía, explícita o implícitamente, el respeto del Derecho francés durante la difusión del partido, la conformidad del Derecho francés al artículo 59 del Tratado sería efectivamente relevante para el procedimiento principal. En todo caso, afirma, la obligación impuesta a la emisora francesa de negociar el respeto de la Ley Évin en la retransmisión de los partidos disputados en el extranjero confiere a dicha legislación efectos extraterritoriales.

Apreciación del Tribunal de Justicia

41. Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véanse, en particular, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 59; de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 38, y de 10 de diciembre de 2002, *Der Weduwe*, C-153/00, aún no publicada en la Recopilación, apartado 31).

42. Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha declarado que, en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el órgano jurisdiccional nacional se dirige a él (véase, en este sentido, la sentencia *PreussenElektra*, antes citada, apartado 39). En efecto, el espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento de la remisión prejudicial supone que, por su parte, el juez nacional tenga en cuenta la función confiada al Tribunal de Justicia, que es la de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas (sentencias *Bosman*, apartado 60, y *Der Weduwe*, apartado 32, antes citadas).

43. Así, el Tribunal de Justicia ha estimado que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitadas por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse las sentencias *Bosman*, antes citada, apartado 61; de 9 de marzo de 2000, *EKW y Wein & Co.*, C-437/97, Rec. p. I-1157, apartado 52, y de 13 de julio de 2000, *Idéal Tourisme*, C-36/99, Rec. p. I-6049, apartado 20).

44. Para que el Tribunal de Justicia pueda cumplir su misión con arreglo al Tratado, es indispensable que los órganos jurisdiccionales nacionales expliquen las razones por las que consideran necesaria una respuesta a sus cuestiones para resolver el litigio, cuando dichas razones no se desprendan inequívocamente de los autos (sentencia de 16 de diciembre de 1981, *Foglia*, 244/80, Rec. p. 3045, apartado 17). Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que es indispensable que el

órgano jurisdiccional nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio (auto de 28 de junio de 2000, Laguillaumie, C-116/00, Rec. p. I-4979, apartado 16).

45. Además, el Tribunal de Justicia debe ser particularmente vigilante cuando, en el marco de un litigio entre particulares, se le plantee una cuestión prejudicial destinada a permitir al órgano jurisdiccional nacional apreciar la conformidad de la legislación de otro Estado miembro con el Derecho comunitario (sentencia Foglia, antes citada, apartado 30).

46. En el caso de autos, dado que las cuestiones prejudiciales planteadas están destinadas a permitir al órgano jurisdiccional remitente apreciar la compatibilidad de la legislación de otro Estado miembro con el Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia debe ser informado de forma detallada de las razones por las que dicho órgano jurisdiccional considera que la respuesta a tales cuestiones es necesaria para poder adoptar su resolución.

47. Pues bien, de la descripción del marco jurídico realizada por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que en el procedimiento principal dicho órgano debe aplicar las disposiciones del Derecho inglés. Sin embargo, considera que «la cuestión de la licitud de las disposiciones de aplicación de la Ley Évin es decisiva para la resolución del procedimiento del que [él] conoce» sin afirmar, no obstante, que la respuesta a la referida cuestión sea necesaria para permitirle adoptar su decisión.

48. Al pedirle el Tribunal de Justicia que precisara con más detalle en qué podía basarse Newcastle para invocar la Ley Évin, el órgano jurisdiccional remitente se limitó esencialmente a mencionar el argumento de la demandada en el procedimiento principal conforme al cual ésta podía razonablemente pensar que, de no haberse dado instrucciones para retirar los anuncios publicitarios del estadio, se habría producido una infracción del Derecho francés

49. Por el contrario, el órgano jurisdiccional remitente no ha indicado si consideraba que Newcastle podía razonablemente pensar que debía respetar la legislación francesa, y el Tribunal de Justicia no dispone de ningún elemento en tal sentido.

50. Además, el Gobierno del Reino Unido ha afirmado que la premisa que permitiría considerar relevantes las cuestiones prejudiciales podría consistir en la existencia de una obligación para Newcastle de respetar la legislación francesa conforme a lo dispuesto en el acuerdo que había celebrado con CSI, acuerdo que preveía la retransmisión del partido Newcastle-Metz por una cadena de televisión francesa. Basta observar,

a este respecto, que el órgano jurisdiccional remitente no ha mencionado la existencia de tal obligación contractual.

51. A mayor abundamiento, como destaca acertadamente el Abogado General en el punto 34 de sus conclusiones, aunque el órgano jurisdiccional remitente considerara que Newcastle podía razonablemente suponer que el respeto de la legislación francesa exigía que se inmiscuyera en los contratos en cuestión, no resulta en absoluto claro por qué motivo tal justificación debería desaparecer automáticamente en caso de que la norma que Newcastle pretendía que se cumpliera resultara contraria al artículo 59 del Tratado.

52. Pues bien, la resolución de remisión tampoco contiene información alguna sobre este extremo.

53. En estas circunstancias, procede señalar que el Tribunal de Justicia no dispone de elementos que indiquen que resulta necesario pronunciarse sobre la compatibilidad con el Tratado de la legislación de un Estado miembro distinto del Estado del órgano jurisdiccional remitente.

54. Por consiguiente, procede declarar la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia.

COSTAS

55. Los gastos efectuados por los Gobiernos del Reino Unido y francés y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, mediante resolución de 28 de julio de 2000, declara:

La petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, mediante resolución de 28 de julio de 2000 no es admisible.

Rodríguez Iglesias
Puissochet
Wathelet

Gulmann
Edward
Jann

Skouris
Macken
Colneric

von Bahr
Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 21 de enero de 2003.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

1: Lengua de procedimiento: inglés.

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de octubre de 2002⁽¹⁾

Comentario de Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

La **cooperación leal** es nuevamente el principio estrella en el asunto Roquette Frères (C-94/00, de 22 de octubre de 2002), pero ahora a la luz de la **tutela judicial efectiva** y los controles judiciales para garantizar el derecho a la **inviolabilidad del domicilio**. Concretamente, la Sentencia resuelve las dudas del Conseil d'Etat francés en relación a la extensión del control que efectúa el órgano jurisdiccional competente a la hora de autorizar una entrada en domicilio a solicitud de la Comisión Europea. Aunque la Sentencia Hoetsch solucionó parte de esta cuestión, remitiendo al Derecho nacional la tutela dispensada para la entrada en domicilio de personas jurídicas, el Conseil se pregunta hasta qué punto puede el órgano jurisdiccional controlar el acto comunitario que sustenta la petición de entrada en domicilio. Es un tema crucial desde la óptica jurisprudencial, porque la solución de Hoetsch se vuelve en contra del ordenamiento comunitario, y muy especialmente en contra de la jurisprudencia Foto-Frost, permitiendo así que el juez nacional enjuicie la validez de un acto comunitario. El TJCE, siguiendo al Abogado General Mischo (responsable también de las Conclusiones de Hoetsch) y a partir de la jurisprudencia de Estrasburgo, que ahora sí se había pronunciado al respecto (asunto Niemetz vs. Alemania, y por tanto posterior a Hoetsch), establece una serie de criterios que permiten al juez nacional controlar la “constitucionalidad” del acto comunitario por el que se solicita la autorización judicial, al tiempo que también sienta la obligatoriedad de las Instituciones comunitarias de prestar todos los medios posibles para facilitar la tarea del órgano jurisdiccional nacional. A estos efectos, el TJCE confirma que la cooperación leal no es sólo un mandato dirigido a los Estados miembros, sino también a las Instituciones de la Comunidad. En este caso está aludiendo a la Comisión, ¿pero se aplicaría también a la actividad del propio TJCE? Eso habría que verlo, a la luz de las cargas que ha impuesto a hombros del juez nacional (UPA, Factortame, y toda la jurisprudencia basada en los principios de efectividad y equivalencia), que en nada sitúan al TJCE en la parte más “leal” de la relación entre jurisdicciones.

TEXTO DE LA SENTENCIA

«Derecho de la competencia - Artículo 14, apartados 3 y 6, del Reglamento n. 17 - Decisión de la Comisión por la que se ordena una verificación - Asistencia de las autoridades nacionales - Interpretación de la sentencia

de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión - Principios generales - Protección contra las intervenciones arbitrarias o desproporcionadas

de los poderes públicos en el ámbito de actividad privada

de una persona jurídica - Alcance del control que incumbe

al órgano jurisdiccional competente para autorizar medidas coercitivas

contra empresas - Deber de información de la Comisión - Cooperación leal»

En el asunto C-94/00,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por la Cour de cassation (Francia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre:

Roquette Frères SA

y

Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes,

en el que participa:

Comisión de las Comunidades Europeas, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 14 del Reglamento n. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), y de la sentencia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión (asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Rec. p.2859),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por el Sr. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente, los Sres. J.P. Puissechot, M. Wathelet y R. Schintgen, Presidentes de Sala, los Sres. C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola (Ponente), P. Jann y V. Skouris, las Sras.F. Macken y N. Colneric, y los Sres. von Bahr y J.-N. Cunha Rodrigues, Jueces; Abogado General: Sr. J. Mischo; Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de Roquette Frères SA, por Mes O. Prost y A. Choffel, avocats;

- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. G. Marengo y la Sra. F. Siredey-Garnier, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno francés, por la Sra. K. Rispal-Bellanger y el Sr. F. Million, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. W.-D. Plessing y la Sra. B. Muttelsee-Schön, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno helénico, por la Sra. A. Samoni-Rantou y el Sr. G. Karipsiadis, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. U. Leanza, en calidad de agente, asistido por la Sra. F. Quadri, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. J.E. Collins, en calidad de agente, asistido por el Sr. J. Turner, Barrister;
- en nombre del Gobierno noruego, por el Sr. H. Seland, en calidad de agente;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Roquette Frères SA, representada por Mes O. Prost y A. Choffel; de la Comisión, representada por el Sr. G. Marengo y la Sra. F. Siredey-Garnier; del Gobierno francés, representado por el Sr. R. Abraham, en calidad de agente; del Gobierno helénico, representado por la Sra. A. Samoni-Rantou y el Sr. G. Karipsiadis; del Gobierno italiano, representado por el Sr. M. Greco, en calidad de agente, y del Gobierno del Reino Unido, representado por los Sres. J.E. Collins y J. Turner, expuestas en la vista de 10 de julio de 2001;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 20 de septiembre de 2001;

dicta la siguiente

SENTENCIA

1. Mediante resolución de 7 de marzo de 2000, recibida en el Tribunal de Justicia el 13 de marzo siguiente, la Cour de cassation planteó, con arreglo al artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 14 del Reglamento n. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), y de la sentencia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión (asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Rec. p. 2859).

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco del examen de un recurso de casación interpuesto por Roquette Frères SA (en lo sucesivo, «Roquette Frères») contra una resolución del Presidente del tribunal de grande instance de Lille (Francia) mediante la que se autoriza la práctica de operaciones de inspección e incautación en los locales de dicha sociedad con objeto de recoger pruebas de su posible participación en acuerdos y/o prácticas concertadas que pueden constituir una infracción del artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE).

MARCO JURÍDICO

El Reglamento n. 17

3. El artículo 14 del Reglamento n. 17 confiere a la Comisión poderes de verificación para investigar posibles infracciones de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. A tenor de esta disposición:

«1. [...]

[...] los agentes acreditados por la Comisión estarán facultados para:

- a) controlar los libros y demás documentos profesionales;
- b) hacer copias o extractos de los libros y documentos profesionales;
- c) pedir en las dependencias correspondientes explicaciones verbales;
- d) acceder a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas.

[...]

3. Las empresas y asociaciones de empresas deberán someterse a las verificaciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. En ésta se señalará el objeto y la finalidad de la verificación, se fijará la fecha en la que dará comienzo y se indicarán las sanciones previstas en la letra c) del apartado 1 del artículo 15 y en la letra d) del apartado 1 del artículo 16, así como el recurso interpuesto ante el Tribunal de Justicia contra la decisión.

[...]

6. Cuando una empresa se oponga a una verificación ordenada en virtud del presente artículo, el Estado miembro interesado prestará a los agentes acreditados por la Comisión la asistencia necesaria para permitirles cumplir su misión de verificación. A tal fin, los Estados

miembros adoptarán, antes del 1 de octubre de 1962, y previa consulta a la Comisión, las medidas necesarias.»

El Derecho nacional

4. En Francia, los procedimientos de verificación en el ámbito de la competencia se rigen por el Decreto Legislativo n. 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, relativo a la libertad de precios y de competencia (JORF de 9 de diciembre de 1986, p. 14773; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo relativo a la competencia»).

5. El artículo 48 del Decreto Legislativo relativo a la competencia dispone:

«Los investigadores únicamente podrán proceder a visitas de inspección en todos los locales, así como a la incautación de documentos, en el marco de investigaciones solicitadas por el ministre chargé de l'économie o el Conseil de la concurrence y previa autorización judicial dada mediante resolución del Presidente del tribunal de grande instance [...]

El juez deberá verificar que la solicitud de autorización que se le presenta es fundada; dicha solicitud deberá contener todos los elementos de información que justifiquen la visita.

[...] El juez designará a uno o a varios oficiales de la policía judicial encargados de asistir a dichas operaciones y de mantenerle informado de su desarrollo.

[...]»

6. Con el fin de aclarar el alcance de dicha disposición, el órgano jurisdiccional remitente indica que, mediante Decisión de 29 de diciembre de 1983, el Conseil constitutionnel (France) consideró que únicamente se pueden llevar a cabo investigaciones en lugares privados cumpliendo lo dispuesto en el artículo 66 de la Constitución, que confía a la autoridad judicial la protección de la libertad individual y, en particular, de la inviolabilidad de domicilio. El Conseil constitutionnel dedujo de ello que las disposiciones legales aplicables a este respecto deben asignar de manera explícita al órgano jurisdiccional competente la misión de verificar, de manera concreta, la fundamentación de la solicitud que se le presenta.

7. Del artículo 56 bis del Decreto Legislativo relativo a la competencia se desprende que las disposiciones del artículo 48 del citado Decreto son aplicables en caso de solicitud de asistencia de la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17.

EL MARCO FÁCTICO Y PROCEDIMENTAL DEL LITIGIO PRINCIPAL Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.

8. Roquette Frères se dedica a la comercialización de gluconato sódico y de glucono-delta-lactona.

9. El 10 de septiembre de 1998, la Comisión adoptó, con arreglo al artículo 14, apartado 3, del Reglamento n. 17, una decisión por la que ordena a Roquette Frères que se someta a una verificación (en lo sucesivo, «Decisión de verificación de 10 de septiembre de 1998»).

10. El artículo 1 de la parte dispositiva de dicha Decisión está redactado en los siguientes términos:

«Se obliga a la empresa Roquette Frères SA a someterse a una verificación relativa a su posible participación en acuerdos y/o prácticas concertadas en los ámbitos del gluconato sódico y del glucono-delta-lactona, que pueden constituir una infracción del artículo 85 del Tratado CE. La verificación puede tener lugar en todos los establecimientos de dicha empresa.

La empresa permitirá a los agentes acreditados por la Comisión para proceder a la verificación y a los agentes del Estado miembro que les asistan, acceder a todos sus locales, terrenos y medios de transporte durante el horario normal de oficinas. La empresa presentará para que sean examinados los libros y demás documentos profesionales requeridos por los citados agentes; les permitirá examinar sus libros y demás documentos profesionales en los lugares en que se encuentren y obtener copias o extractos de los mismos. Además, les proporcionará inmediatamente todas las explicaciones orales que los referidos agentes puedan solicitarle relacionadas con el objeto de la verificación.»

11. La exposición de motivos de la Decisión de verificación de 10 de septiembre de 1998 señala lo siguiente:

«El destinatario de la presente Decisión opera en el sector del gluconato sódico. El gluconato sódico se utiliza, entre otras cosas, como producto de limpieza industrial, para el tratamiento superficial de los metales, la producción de sustancias químicas textiles y como retardador de fraguado en la industria del hormigón.

La Comisión dispone de información según la cual responsables de la empresa de que se trata mantuvieron reuniones periódicas con competidores, durante las cuales se asignaron cuotas del mercado de

gluconato sódico y se acordaron precios mínimos para los usuarios de las diversas regiones del mercado. También se fijaron los niveles de ventas totales y relativos a las diversas regiones. Cada reunión dio lugar a la evaluación del nivel observancia de los acuerdos. Toda empresa que hubiese superado las ventas que le hubiesen sido concedidas debía intentar, al parecer, reducir sus ventas durante el período siguiente.

El destinatario de la presente Decisión es también productor de glucono-delta-lactona. El glucono-delta-lactona se utiliza en la producción de queso, de productos cárnicos y de tofu.

La Comisión dispone de información según la cual los contactos citados con competidores se extendieron también al glucono-delta-lactona. Se trataría, en particular, de conversaciones bilaterales o multilaterales que se mantuvieron frecuentemente al margen (antes, después o durante los descansos) de las reuniones relativas al gluconato sódico. Los participantes intercambiaron en dicha ocasión información sobre el mercado, sobre los precios de mercado, así como sobre la situación de la demanda. También mantuvieron conversaciones sobre las capacidades de producción y los volúmenes de venta. Los contactos iban dirigidos al control de los precios y encaminados, al parecer, a provocar una coordinación del comportamiento de los participantes en el mercado.

De probarse su existencia, los acuerdos y/o prácticas concertadas citados podrían constituir una infracción grave del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. La propia naturaleza de tales acuerdos y/o prácticas concertadas conduce a pensar que los criterios de aplicación serían secretos y que, en este sentido, la verificación es el medio más adecuado para obtener pruebas de su existencia.

Por tanto, para permitir a la Comisión conocer todos los elementos de hecho relativos a los eventuales acuerdos y/o prácticas concertadas y el contexto en el que se enmarcan, es necesario proceder a una verificación con arreglo al artículo 14 del Reglamento n. 17.

Es posible que obre en poder del destinatario de la presente Decisión información necesaria para que la Comisión continúe su investigación en el marco del asunto descrito.

Con el fin de preservar la eficacia de la verificación, es necesario que la empresa no sea informada de antemano de ello.

Es necesario, por tanto, obligar a la empresa, a través de una decisión, a someterse a una verificación en el sentido del artículo 14, apartado 3, del Reglamento n. 17.»

12. La Comisión solicitó al Gobierno francés que adoptase las medidas necesarias para que se preste la asistencia de las autoridades nacionales, prevista en el artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17, en caso de oposición de Roquette Frères a la verificación prevista.

13. A resultas de dicha solicitud, los servicios administrativos competentes presentaron el 14 de septiembre de 1998 una demanda ante el Presidente del tribunal de grande instance de Lille con objeto de obtener respecto a Roquette Frères la autorización de inspección e incautación prevista en los artículos 48 y 56 bis del Decreto Legislativo relativo a la competencia. Se adjuntaban a dicha demanda una copia de la Decisión de verificación de 10 de septiembre de 1998 y el texto de la sentencia Hoechst/Comisión, antes citada.

14. El Presidente del tribunal de grande instance de Lille estimó dicha demanda mediante resolución del mismo día (en lo sucesivo, «resolución de autorización»).

15. La resolución de autorización fue notificada el 16 de septiembre de 1998. Las operaciones de verificación tuvieron lugar los días 16 y 17 de septiembre de 1998. Roquette Frères cooperó en dichas verificaciones, si bien formuló reservas respecto a la obtención de copias de varios documentos.

16. En su recurso de casación contra la resolución de autorización, Roquette Frères alega que el Presidente del tribunal de grande instance de Lille no podía ordenar la práctica de visitas de inspección sin asegurarse previamente, a la luz de documentos que estaba obligada a facilitarle la Administración, de que existían presunciones serias de la existencia de prácticas contrarias a la competencia que justificaran la concesión de poderes coercitivos.

17. En la resolución de remisión, la Cour de cassation señala que no se ha presentado al Presidente del tribunal de grande instance de Lille ningún dato o indicio que permita presumir la existencia de las prácticas contrarias a la competencia alegadas, lo que imposibilita que verifique, de forma concreta, el fundamento de la demanda que le ha sido sometida. Afirma igualmente que, en la Decisión de verificación de 10 de septiembre de 1998, la Comisión se limita a indicar que dispone de información según la cual Roquette Frères lleva a cabo las prácticas contrarias a la competencia que ella describe pero sin referirse a la información que la Comisión afirma poseer y en la que basa su apreciación y sin analizarla, siquiera de forma sucinta.

18. La Cour de cassation, que expone las características del control que debe ejercer el órgano jurisdiccional francés competente en virtud del artículo 48 del Decreto Legislativo relativo a la competencia y de la Decisión del Conseil constitutionnel, de 29 de diciembre de 1983,

mencionada en el apartado 6 de la presente sentencia, recuerda a este respecto que de la sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, se desprende que la Comisión está obligada a respetar las garantías de procedimiento previstas por el Derecho nacional a la hora de poner en práctica sus facultades de verificación.

19. La Cour de cassation se refiere, además, a los apartados 17 y 18 de la sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, según los cuales no existe un principio general de Derecho comunitario que consagre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas ni jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que deduzca dicho principio del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»).

20. La Cour de cassation señala, sin embargo, a este respecto, que en su sentencia Niemietz/Alemania de 16 de diciembre de 1992 (serie A n. 251-B), posterior a la sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el artículo 8 del CEDH puede aplicarse a determinadas actividades o a determinados locales profesionales o comerciales. La Cour de cassation hace referencia igualmente al artículo 6 UE, apartado 2, que impone a la Unión Europea el respeto de los derechos fundamentales tal y como los garantiza el CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, en cuanto principios generales del Derecho comunitario, así como al artículo 46 UE, letra d), que establece que el citado artículo 6, apartado 2, está comprendido dentro del ámbito de competencia del Tribunal de Justicia.

21. En estas circunstancias, la Cour de cassation suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Habida cuenta de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario y del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, ¿debe interpretarse la sentencia Hoechst dictada el 21 de septiembre de 1989 en el sentido de que el juez nacional, competente con arreglo a su Derecho nacional para ordenar la práctica de operaciones de inspección e incautación por la Administración en locales de empresas en materia de competencia, no puede denegar la autorización solicitada cuando estima que los datos o indicios de que dispone y que hacen suponer la existencia de prácticas contrarias a la competencia por parte de las empresas a las que se dirige la decisión de verificación de la Comisión son insuficientes para autorizar tal medida o cuando, como sucede en el presente caso, no se le presenta ningún dato o indicio?»

2) En caso de que el Tribunal de Justicia no reconozca la obligación de que la Comisión presente al juez nacional competente los indicios o datos de que dispone y que hacen suponer la existencia de prácticas contrarias a la competencia, ese juez ¿es no obstante competente, habida cuenta de los derechos fundamentales antes citados, para denegar las inspecciones e incautaciones solicitadas si estima que la decisión de la Comisión, como en el presente litigio, no está suficientemente motivada y no le permite verificar de manera concreta el fundamento de la demanda que se le somete, haciendo imposible que ejerza el control exigido por su Derecho constitucional nacional?»

SOBRE LA INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMUNITARIO

22. Según se desprende de la resolución de remisión, la Cour de cassation se pregunta sobre la posible influencia que podrían tener en los principios elaborados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, y, por consiguiente, en las respuestas a las cuestiones prejudiciales que ella formula, determinados cambios producidos, con posterioridad a la fecha en que se pronunció dicha sentencia, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales.

23. A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El CEDH reviste a este respecto un significado particular (véanse, en especial, las sentencias Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 13, y de 6 de marzo de 2001, Connolly/Comisión, C-274/99 P, Rec. p. I-1611, apartado 37).

24. Como ha indicado igualmente el Tribunal de Justicia, los principios elaborados por dicha jurisprudencia han sido reafirmados por la exposición de motivos del Acta Única Europea y posteriormente en el artículo F, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 79). Se encuentran recogidos en lo sucesivo en el artículo 6 UE, apartado 2 (sentencia Connolly/Comisión, antes citada, apartado 38).

25. Por otra parte, de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende asimismo que, desde el momento en que una normativa nacional entre en el campo de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, cuando conozca de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los

elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de

Justicia tal como están expresados, en particular, en el CEDH (véanse, en particular, las sentencias de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 42, y de 4 de octubre de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, C-159/90, Rec. p. I-4685, apartado 31).

26. Dado que las cuestiones prejudiciales se refieren fundamentalmente al alcance del control que puede ejercer el órgano jurisdiccional de un Estado miembro cuando éste debe atender una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17, el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación necesarios para que éste aprecie la conformidad de la normativa nacional aplicable a efectos de dicho control con el Derecho comunitario, incluidos, en su caso, los derechos consagrados por el CEDH como principios generales del Derecho cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia.

27. A este respecto, procede recordar que, en el apartado 19 de la sentencia *Hoechst/Comisión*, antes citada, el Tribunal de Justicia reconoció que la exigencia de una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, que sean arbitrarias o desproporcionadas constituye un principio general del Derecho comunitario.

28. El Tribunal de Justicia ha precisado igualmente que las autoridades competentes de los Estados miembros han de respetar dicho principio general cuando deban cursar una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17 (véase la sentencia *Hoechst/Comisión*, antes citada, apartados 19 y 33).

29. A la hora de determinar el alcance jurídico del citado principio, por lo que respecta a la protección de los locales comerciales de las sociedades, hay que tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos posterior a la sentencia *Hoechst/Comisión*, antes citada, jurisprudencia de la que se desprende, por un lado, que la protección del domicilio a que se refiere el artículo 8 del CEDH puede ampliarse, en determinadas circunstancias, a los referidos locales (véase, en particular, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Colas Est y otros/Francia*, de 16 de abril de 2002, aún no publicada en el *Recueil des arrêts et décisions*, apartado 41), y, por otro lado, que el derecho de injerencia autorizado por el artículo 8, apartado 2, del CEDH «podría muy bien ir más lejos en el caso de los locales o actividades profesionales o

comerciales que en otros casos» (sentencia Niemietz/Alemania, antes citada, apartado 31).

SOBRE LA OBLIGACIÓN DE COOPERACIÓN LEAL

30. Para dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional remitente, hay que tener en cuenta las exigencias derivadas de la obligación de cooperación leal establecida en el artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE).

31. Según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros están sujetas a una obligación de cooperación leal cuando actúan en el marco de sus competencias (véanse, en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, apartado 26, y de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Rec. p. 3969, apartado 12) así como las instituciones comunitarias, que tienen deberes recíprocos de cooperación leal para con los Estados miembros (véanse, en particular, la sentencia de 10 de febrero de 1983, Luxemburgo/Parlamento, 230/81, Rec. p. 255, apartado 38, y el auto de 13 de julio de 1990, Zwartveld y otros, C-2/88 IMM, Rec. p. I-3365, apartado 17).

32. Procede subrayar a este respecto que, cuando, como en el caso de autos, las autoridades comunitarias y nacionales han de contribuir al logro de los objetivos del Tratado mediante un ejercicio coordinado de sus competencias respectivas, dicha cooperación tiene carácter particularmente esencial.

SOBRE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

33. Mediante sus dos cuestiones, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pretende básicamente que se dilucide si, con arreglo al Derecho comunitario, un órgano jurisdiccional nacional, competente en virtud del Derecho interno para autorizar la práctica de operaciones de inspección e incautación en los locales de empresas sospechosas de cometer infracciones a las normas sobre la competencia, puede, ante una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17:

- Denegar la concesión de una autorización de inspección, basándose en que los elementos o indicios que figuran en el expediente de la Comisión y sobre los que se basan las sospechas de ésta no le han

sido aportados o en que tales elementos o indicios son insuficientes para justificar la medida solicitada.

- O incluso, si dicho órgano jurisdiccional nacional no estuviese legitimado para obtener la presentación de los mencionados elementos e indicios, denegar la concesión de tal autorización basándose en que la información resultante de la motivación de la decisión de la Comisión por la que se ordena una inspección es insuficiente para permitir al referido órgano jurisdiccional verificar, de manera concreta, el fundamento de las medidas solicitadas, que es a lo que ella está obligada en virtud de lo dispuesto en el Derecho interno.

34. Para responder a estas cuestiones procede recordar, con carácter preliminar, que del artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17 se desprende que corresponde a cada Estado miembro regular las condiciones en las que se presta la asistencia de las autoridades nacionales a los agentes de la Comisión. De ello se sigue, en particular, que, cuando ésta se propone llevar a cabo, con el concurso de las autoridades nacionales, actuaciones de verificación sin la colaboración de las empresas afectadas, está obligada a respetar las garantías de procedimiento previstas a tal efecto por el Derecho nacional (sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartados 33 y 34).

35. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende, sin embargo, que, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros están sujetos a una doble restricción derivada del Derecho comunitario. Deben garantizar la eficacia de la acción de la Comisión respetando al mismo tiempo diversos principios generales del Derecho comunitario (sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 33).

36. Precisamente para garantizar el cumplimiento del principio general recordado en el apartado 27 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia ha considerado que corresponde al órgano nacional competente examinar si las medidas coercitivas contempladas son arbitrarias o excesivas en relación con el objetivo de la verificación (sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 35).

37. El Tribunal de Justicia ha indicado igualmente que la Comisión debía, por su parte, procurar que dicho órgano nacional disponga de todos los elementos necesarios para poder ejercer dicho control y velar por el respeto de las normas del Derecho nacional en la aplicación de las medidas coercitivas (sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartados 34 y 35).

38. En el presente caso, las cuestiones prejudiciales versan sobre el alcance del control que puede incumbir a un órgano jurisdiccional nacional, competente en virtud del Derecho interno para autorizar la práctica de inspecciones en los locales de empresas sospechosas de

haber infringido las normas sobre la competencia, cuando se acuda a dicho órgano a raíz de una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17, así como sobre la naturaleza de los elementos de información que la Comisión debe procurar proporcionar a dicho órgano jurisdiccional nacional para que éste pueda ejercer el referido control.

SOBRE EL OBJETO DEL CONTROL QUE INCUMBE AL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL COMPETENTE

39. Procede recordar, con carácter preliminar, que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el órgano jurisdiccional nacional competente, al realizar el examen, no puede sustituir, por la suya propia, la apreciación de la Comisión acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas, ya que las valoraciones de hecho y de Derecho de la Comisión sólo están sometidas al control de legalidad de los órganos jurisdiccionales comunitarios (sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 35).

40. El control ejercido por el órgano jurisdiccional nacional competente, que debe tener como único objeto las medidas coercitivas solicitadas, no puede ir más allá del examen, exigido por el Derecho comunitario, dirigido a demostrar la ausencia de carácter arbitrario de las citadas medidas coercitivas y su proporcionalidad con relación al objeto de la verificación. Tal examen agota la competencia del referido órgano jurisdiccional por lo que respecta al control del fundamento de las medidas coercitivas solicitadas a raíz de una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17.

SOBRE EL ALCANCE DEL CONTROL QUE INCUMBE AL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL COMPETENTE.

41. A efectos de determinar el alcance del control exigido por el Derecho comunitario y que incumbe al órgano jurisdiccional nacional competente, es preciso, con carácter preliminar, recordar el contexto en el que se enmarcan las medidas coercitivas sobre las que versa el citado control.

42. De ahí que proceda recordar, en primer lugar, que las facultades otorgadas a la Comisión por el artículo 14, apartado 1, del Reglamento n. 17 tienen como fin permitir que ésta cumpla su función consistente en velar por el respeto de las normas sobre la competencia en el mercado común; tales normas tienen como objetivo evitar que la competencia sea falseada en detrimento del interés general, de las

empresas individuales y de los consumidores (sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 25), contribuyendo de esta forma a garantizar el bienestar económico en la Comunidad.

43. En segundo lugar, hay que destacar la existencia de diversas garantías derivadas del Derecho comunitario.

44. Para empezar, las medidas coercitivas que pueden ser solicitadas a las autoridades nacionales en el marco de la aplicación del artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17 tienen únicamente por objeto permitir a los agentes de la Comisión ejercer las facultades de verificación que esta institución tiene conferidas. Ahora bien, tales facultades, que se enumeran en el artículo 14, apartado 1, del citado Reglamento, están perfectamente delimitadas.

45. De ahí que, en particular, estén excluidos del ámbito de investigación de que dispone la Comisión los documentos que no sean de carácter profesional, es decir, los que no estén relacionados con la actividad de la empresa en el mercado (véase la sentencia de 18 de mayo de 1982, AM & S Europe/Comisión, 155/79, Rec. p. 1575, apartado 16).

46. Por otra parte, sin perjuicio de las garantías derivadas de las disposiciones de Derecho interno que regulan la aplicación de las medidas coercitivas, las empresas que son objeto de verificaciones disfrutan de diversas garantías comunitarias, entre las que figuran, en particular, el derecho a asesoramiento jurídico y el derecho a la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente (véanse las sentencias antes citadas AM & S Europe/Comisión, apartados 18 a 27, y Hoechst/Comisión, apartado 16, así como la sentencia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. p. 3137, apartado 27).

47. Por último, el artículo 14, apartado 3, del Reglamento n. 17 impone a la Comisión la obligación de motivar la decisión por la que se ordena una verificación indicando el objeto y la finalidad de ésta, lo que, como ha precisado el Tribunal de Justicia, constituye una exigencia fundamental, no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas, sino también para que éstas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa (sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 29).

48. De igual modo, incumbe a la Comisión indicar en dicha decisión, con la mayor precisión posible, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación (sentencia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. p. 2033, apartados 26 y 27). Como ha señalado el Tribunal de Justicia, tal

exigencia va encaminada a proteger el derecho de defensa de las empresas afectadas, en la medida en que los referidos derechos resultarían gravemente perjudicados si la Comisión pudiese invocar frente a las empresas pruebas que, obtenidas durante una verificación, sean ajenas al objeto y a la finalidad de ésta (sentencia Dow Benelux/Comisión, antes citada, apartado 18).

49. En tercer lugar, hay que recordar que una empresa contra la cual la Comisión haya ordenado una verificación puede, conforme a lo dispuesto en el artículo 173 CE, párrafo cuarto (actualmente artículo 230 CE, párrafo cuarto, tras su modificación), interponer un recurso contra tal decisión ante el órgano jurisdiccional comunitario. En el caso de que dicha decisión fuera anulada por éste, la Comisión se vería impedida, por este hecho, de utilizar, a los efectos del procedimiento de infracción de las normas comunitarias sobre la competencia, todos los documentos probatorios que hubiera reunido en el ámbito de esta verificación, so pena de exponerse al riesgo de que el órgano jurisdiccional comunitario anulase la decisión relativa a la infracción en la medida en que se basara en semejantes medios de prueba (véanse los autos de 26 de marzo de 1987, Hoechst/Comisión, 46/87 R, Rec. p. 1549, apartado 34, y de 28 de octubre de 1987, Dow Chemical Nederland/Comisión, 85/87 R, Rec. p. 4367, apartado 17).

50. Es preciso señalar que la existencia del control jurisdiccional así atribuido al órgano jurisdiccional comunitario y las formas de ejercicio de las facultades de inspección de la Comisión, tal como se desprenden, en particular, de los apartados 43 a 48 de la presente sentencia, contribuyen a proteger a las empresas de medidas que sean arbitrarias y a mantener tales medidas dentro de los límites de lo necesario para perseguir los intereses legítimos a los que se hace referencia en el apartado 42 de la presente sentencia.

51. En cuarto lugar, procede recordar que, como se desprende de los apartados 35 y 39 de la presente sentencia, el órgano nacional competente debe, por una parte, velar por garantizar la eficacia de la acción de la Comisión y, por otra parte, evitar sustituir por la suya propia la apreciación de la Comisión acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas, ya que las valoraciones de hecho y de Derecho de la Comisión están sujetas al control del órgano jurisdiccional comunitario.

52. Hay que precisar a todos estos efectos que, si bien el órgano jurisdiccional nacional competente para autorizar las medidas coercitivas debe tener en cuenta el contexto específico en el que conoce del asunto y las consideraciones que figuran en los apartados 42 a 51 de la presente sentencia, dichas exigencias no pueden, sin embargo, impedirle ni dispensarle de la obligación que le incumbe de garantizar concretamente, en cada caso,

que la medida coercitiva prevista no es arbitraria o desproporcionada con relación al objeto de la verificación ordenada (véase, en sentido análogo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias Funke/Francia, de 25 de febrero de 1993, serie A n. 256-A, apartado 55; Camenzind/Suiza, de 16 de diciembre de 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII, apartado 45, y Colas Est y otros/Francia, antes citada, apartado 47).

53. A la luz de las consideraciones anteriores, procede determinar qué es lo que requiere más concretamente el ejercicio de tal control así como la naturaleza de los elementos de que debe poder disponer el citado órgano jurisdiccional nacional. A este respecto, hay que distinguir entre el control de la falta de carácter arbitrario de las medidas coercitivas previstas y el de su proporcionalidad con respecto al objeto de la verificación.

El control de la inexistencia de carácter arbitrario de las medidas coercitivas y los elementos que pueden requerirse a la Comisión a efectos de dicho control

54. Por lo que se refiere, en primer lugar, al control dirigido a verificar la inexistencia de carácter arbitrario de una medida coercitiva destinada a permitir la práctica de una verificación ordenada por la Comisión, hay que indicar que requiere, básicamente, que el órgano jurisdiccional nacional competente se asegure de la existencia de indicios suficientemente importantes que permitan sospechar de la existencia de una infracción de las normas sobre la competencia por parte de la empresa de que se trata.

55. En efecto, tal control no difiere fundamentalmente del que podrían estar obligados a efectuar los órganos jurisdiccionales comunitarios para asegurarse de que la propia decisión de verificación no tiene carácter arbitrario, es decir, de que no se ha adoptado en ausencia de cualquier circunstancia de hecho que pueda justificar la verificación (sentencia de 17 de octubre de 1989, Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, asuntos acumulados 97/87 a 99/87, Rec. p. 3165, apartado 52). Hay que recordar a este respecto, en efecto, que las verificaciones llevadas a cabo por la Comisión tienen por objeto recoger la documentación necesaria para verificar la realidad y el alcance de una situación de hecho y de Derecho determinada respecto a la cual la Comisión ya dispone de información (sentencia National Panasonic/Comisión, antes citada, apartados 13 y 21).

56. Tal similitud en lo que respecta a la naturaleza de los controles ejercidos por los órganos jurisdiccionales comunitarios y por el órgano nacional competente no debe, sin embargo, hacer perder de vista los objetivos diferentes a los que se refieren dichos controles.

57. Las facultades de inspección de que dispone la Comisión en virtud del artículo 14, apartado 1, del Reglamento n. 17 se limitan a autorizar a los agentes de ésta a entrar en los lugares que designen, a requerir la presentación de los documentos que indiquen y a pedir que les sea mostrado el contenido de los muebles que señalen (sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 31).

58. Por su parte, las medidas coercitivas que son competencia de las autoridades nacionales implican la facultad de forzar el acceso a locales o a muebles o de compeler al personal de la empresa a facilitar dicho acceso y la de proceder a registros sin autorización de los responsables de la empresa (sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 31).

59. Habida cuenta de que representan una intromisión en la esfera privada, la autorización de tales medidas coercitivas requiere que el órgano nacional competente pueda asegurarse, de manera autónoma, de que éstas no tienen carácter arbitrario.

60. En particular, no puede impedirse tal examen basándose en que, al asegurarse de la existencia de serios indicios que hagan sospechar que se han infringido las normas sobre la competencia, el órgano nacional competente corre el riesgo, en el sentido del apartado 35 de la sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, de sustituir, por la suya propia, la apreciación de la Comisión acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas y de cuestionar las valoraciones de hecho y de Derecho realizadas por ésta.

61. De ello se deduce que, para permitir al órgano jurisdiccional nacional competente asegurarse de que las medidas coercitivas solicitadas no tienen carácter arbitrario, la Comisión está obligada a proporcionar a éste explicaciones de las que se desprenda de manera detallada que la Comisión dispone en su expediente de elementos e indicios importantes que permitan sospechar que la empresa de que se trata ha infringido las normas sobre la competencia.

62. En cambio, el órgano jurisdiccional nacional competente no puede exigir la transmisión de elementos e indicios que figuren en el expediente de la Comisión y en los que se basen las sospechas de ésta.

63. En efecto, hay que tener en cuenta a este respecto la obligación de los Estados miembros, recordada en el apartado 35 de la presente sentencia, de garantizar la eficacia de la acción de la Comisión.

64. Por una parte, como con razón han alegado la Comisión así como los Gobiernos alemán y del Reino Unido, la capacidad de la Comisión para garantizar el anonimato de algunas de sus fuentes de información tiene una importancia capital para la prevención y represión eficaces de las prácticas contrarias a la competencia prohibidas.

65. Pues bien, es preciso señalar a este respecto que si la Comisión estuviese obligada a transmitir a los diversos órganos nacionales encargados de la competencia elementos e indicios materiales que revelen la identidad de sus fuentes de información o permitan deducirla, ello podría aumentar los riesgos de que se divulgase a terceros la identidad de los informadores, en particular debido a las exigencias procedimentales establecidas en el Derecho de un Estado miembro.

66. Por otra parte, hay que tener en cuenta igualmente que la transmisión física a los órganos nacionales competentes de los diversos elementos e indicios materiales que figuran en el expediente de la Comisión podría generar otros riesgos por lo que respecta a la eficacia de la acción comunitaria, en especial en caso de verificaciones paralelas que deben llevarse a cabo simultáneamente en varios Estados miembros. En efecto, hay que tener en cuenta las contingencias y los plazos de tales transmisiones así como la diversidad de los trámites procedimentales que podrían tener que respetar con arreglo a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de que se trate, o incluso los períodos de tiempo eventualmente necesarios para el examen, por parte de dichos órganos, de documentos que pueden resultar complejos y voluminosos.

67. En el marco del reparto de competencias previsto en el artículo 234 CE, corresponde en principio al órgano jurisdiccional nacional competente apreciar si las explicaciones a que se refiere el apartado 61 de la presente sentencia han sido facilitadas en el presente caso y ejercer partiendo de esta base el control que le incumbe en virtud del Derecho comunitario. Hay que añadir a este respecto que, cuando ha de pronunciarse sobre una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17, el órgano jurisdiccional nacional debe prestar suma atención a este reparto de competencias, dado que una petición de decisión prejudicial, a menos que se produzca, como en el asunto principal, después de que se hayan llevado a cabo las verificaciones, puede retrasar la decisión de dicho órgano y hacer pública la solicitud de asistencia, con el riesgo de que se paralice la acción de la Comisión y se prive de utilidad a cualquier verificación que pueda tener lugar con posterioridad.

68. A la luz de estas precisiones, procede recordar que, cuando se le plantea una petición de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar todos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que puedan permitir al órgano jurisdiccional remitente resolver el asunto del que conoce.

69. Por lo que se refiere al asunto principal, hay que señalar que de la exposición de motivos de la decisión de verificación de 10 de septiembre de 1998, tal como se recoge en el apartado 11 de la presente sentencia, se desprende que la Comisión expuso las sospechas concretas que

albergaba respecto a Roquette Frères y a otros participantes en la práctica colusoria investigada, proporcionando información detallada en relación con la celebración periódica de reuniones secretas y con lo que se había hablado y acordado en éstas.

70. Si la Comisión no ha indicado la naturaleza de los indicios en que se basaban sus sospechas, tales como, por ejemplo, una denuncia, un testimonio o documentos intercambiados entre los participantes en la práctica colusoria objeto de sospecha, la mera falta de tal indicación no puede ser suficiente para hacer dudar de la existencia de indicios suficientemente importantes cuando, como en el asunto principal, la exposición detallada de la información que posee la Comisión respecto al objeto concreto de la práctica colusoria objeto de sospecha y a las formas concretas en que se realizó, puede permitir al órgano jurisdiccional competente fundamentar su convicción de que la Comisión dispone efectivamente de tales indicios.

El control de la proporcionalidad de las medidas coercitivas con respecto al objeto de la verificación y a los elementos de información que pueden exigirse a la Comisión a efectos de dicho control

71. Por lo que se refiere, en segundo lugar, al control que tiene por objeto verificar la proporcionalidad de las medidas coercitivas con respecto al objeto de la verificación ordenada por la Comisión, procede señalar que dicho control implica, por un lado, demostrar que tales medidas son adecuadas para garantizar la ejecución de la referida verificación.

72. A este respecto, procede recordar, en particular, que el artículo 14, apartado 3, del Reglamento n. 17 obliga a las empresas afectadas a someterse a las verificaciones decididas por la Comisión y que el apartado 6 de la misma disposición únicamente prevé la asistencia de los Estados miembros a los agentes acreditados por la Comisión en el supuesto de que una empresa se oponga a tal verificación.

73. En efecto, el Tribunal de Justicia ha admitido, a este respecto, que la asistencia pueda ser solicitada con carácter preventivo, a fin de vencer, en su caso, la oposición de la empresa (sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 32).

74. Hay que precisar, sin embargo, que únicamente pueden solicitarse medidas coercitivas con carácter preventivo en la medida en que existan razones para temer una oposición a la verificación así como intentos de ocultación y sustracción de pruebas en el caso de que fuera notificada a la empresa de que se trate una verificación ordenada con arreglo al artículo 14, apartado 3, del Reglamento n. 17.

75. De ello se deduce que corresponde a la Comisión proporcionar al órgano jurisdiccional nacional explicaciones que permitan a éste asegurarse de que, de no poder disponer preventivamente la Comisión de la asistencia requerida a fin de vencer, en su caso, la oposición de la empresa, la determinación de los hechos infractores estaría condenada al fracaso o resultaría considerablemente obstaculizada.

76. El control de la proporcionalidad de las medidas coercitivas previstas con respecto al objeto de la verificación implica, por otra parte, demostrar que tales medidas no ocasionan inconvenientes desmesurados e intolerables con relación a los objetivos perseguidos por dicha verificación (véanse, en particular, las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, Rec. p. I-4023, apartado 13; de 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, Rec. p. I-415, apartado 73; de 13 de mayo de 1997, Alemania/Parlamento y Consejo, C-233/94, Rec. p. I-2405, apartado 57, y de 28 de abril de 1998, Metronome Musik, C-200/96, Rec. p. I-1953, apartados 21 y 26).

77. En efecto, procede recordar a este respecto que, por lo que respecta a la apreciación de la proporcionalidad de la propia medida de verificación, el Tribunal de Justicia ha considerado que la opción que debía realizar la Comisión entre la verificación mediante simple mandato y la verificación de inspección ordenada por vía de decisión no dependía de circunstancias como la gravedad especial de la situación, la extrema urgencia o la necesidad de una discreción absoluta, sino de las necesidades de una investigación adecuada, teniendo en cuenta las particularidades del caso de autos. De ello dedujo el Tribunal de Justicia que, cuando una decisión de verificación tiene únicamente por objeto permitir que la Comisión reúna los elementos necesarios para apreciar la posible existencia de una violación del Tratado, tal decisión no vulneraba el principio de proporcionalidad (sentencia National Panasonic/Comisión, antes citada, apartados 28 a 30).

78. Procede asimismo recordar a este respecto que corresponde en principio a la Comisión determinar si una información es necesaria para poder descubrir una infracción de las normas sobre competencia (sentencias AM & S Europe/Comisión, antes citada, apartado 17, y de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, Rec. p. 3283, apartado 15). Aunque disponga ya de indicios o incluso de elementos probatorios sobre la existencia de una infracción, la Comisión puede, por tanto, legítimamente considerar necesario ordenar verificaciones adicionales que le permitan delimitar mejor la infracción, su duración o el círculo de las empresas implicadas (véase, en este sentido, en relación con las solicitudes de información complementarias, la sentencia Orkem/Comisión, antes citada, apartado 15).

79. Sin embargo, a menos que se prive al control que incumbe al órgano nacional competente de cualquier alcance y se ignore la intrusión en la esfera privada que implica el recurso a la fuerza pública, hay que admitir que, por lo que se refiere a dicha medida, el control de proporcionalidad no puede ser efectuado por dicho órgano nacional sin tener en cuenta elementos como la gravedad de la infracción objeto de sospecha, la naturaleza de la implicación de la empresa de que se trate o la importancia de lo que se busca.

80. Por tanto, el órgano jurisdiccional nacional competente debe poder denegar las medidas coercitivas solicitadas cuando el perjuicio para la competencia sospechado sea de mínima importancia, el grado de implicación probable de la empresa afectada sea demasiado pequeño o lo que se busque sea demasiado accesorio para que la intrusión en la esfera de actividad privada de una persona jurídica que implica un registro con utilización de la fuerza pública no resulte desmesurada e intolerable con relación a los objetivos perseguidos por la verificación.

81. De ello se deduce que, para que el órgano jurisdiccional nacional competente pueda ejercer el control de proporcionalidad que le incumbe, la Comisión deberá, en principio, informar a dicho órgano jurisdiccional nacional de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, con objeto de permitirle determinar su gravedad, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, así como el nivel de implicación que se atribuye a la empresa de que se trate.

82. Como ya ha señalado el Tribunal de Justicia en relación con la motivación de las propias decisiones de verificación, no es indispensable, en cambio, que las informaciones comunicadas incluyan una delimitación precisa del mercado relevante, una calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones o la indicación del período durante el que se habrían cometido las mismas (sentencia Dow Benelux/Comisión, antes citada, apartado 10).

83. Incumbe igualmente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación (sentencia National Panasonic/Comisión, antes citada, apartados 26 y 27), así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios.

84. Procede recordar a este respecto, sin embargo, que no puede exigirse a la Comisión que se limite a solicitar la presentación de documentos o de expedientes que ella pueda previamente identificar de manera precisa, lo que vendría a privar de utilidad su derecho de acceso a tales documentos o expedientes. Como ha señalado el Tribunal de Justicia, dicha facultad supone, por el contrario, la

posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados (sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 27).

85. Como se ha precisado en el apartado 67 de la presente sentencia, incumbe en principio al órgano jurisdiccional nacional competente determinar si, en el caso de autos, la Comisión proporcionó las informaciones mencionadas en los apartados 75, 81 y 83 de la presente sentencia y ejercer, partiendo de dicha base, el control que le incumbe en virtud del Derecho comunitario.

86. Como se recuerda en el apartado 68 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia es competente, no obstante, para proporcionar todos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que puedan permitir al órgano jurisdiccional remitente resolver el asunto del que conoce.

87. Por lo que respecta al asunto principal, hay que señalar de entrada que de los motivos de la decisión de verificación de 10 de septiembre de 1998, tal y como éstos se recogen en el apartado 11 de la presente sentencia, se desprende que la Comisión ha expuesto de manera suficiente con arreglo a Derecho las características de la práctica colusoria objeto de sospecha, subrayado la gravedad de ésta y precisado que Roquette Frères era uno de los participantes en las reuniones descritas.

88. Hay que señalar asimismo que, en los referidos motivos, la Comisión destacó, por un lado, que Roquette Frères podía tener información necesaria para la continuación de su investigación. La citada institución indicó, por otro lado, que la propia naturaleza de los acuerdos objeto de sospecha inducía a pensar que serían aplicados de manera secreta, por lo que una verificación constituía el medio más adecuado para recoger datos que probasen su existencia y que era necesario obligar a la empresa, mediante la adopción de una decisión, a someterse a una verificación en el sentido del artículo 14, apartado 3, del Reglamento n. 17. Tales investigaciones se encuentran entre las que permiten al órgano jurisdiccional nacional competente apreciar si es necesario conceder con carácter preventivo la autorización solicitada.

89. Con respecto al objeto sobre el que deben versar las verificaciones que han de llevarse a cabo, de la parte dispositiva y de los motivos de la decisión de verificación de 10 de septiembre de 1998, tal y como se recogen en los apartados 10 y 11 de la presente sentencia, respectivamente, se desprende que se trataba de que la Comisión conociese todos los elementos de hecho relativos a los acuerdos y/o prácticas concertadas que infundían sospechas y de verificar la posible participación de Roquette Frères en éstos. Para ello, la citada decisión ordena a dicha empresa

que permita el acceso a sus locales a los agentes acreditados por la Comisión, que presente los libros y demás documentos profesionales requeridos por éstos y que permita la inspección y copia de los mismos, así como que facilite todas las explicaciones orales solicitadas por los citados agentes en relación con el objeto de la verificación. Tales precisiones indican suficientemente qué es lo que se busca y las facultades de que puede hacerse uso con dicho fin.

Sobre la actitud que deben mantener el órgano jurisdiccional nacional competente y la Comisión en caso de insuficiencia de las informaciones comunicadas por ésta

90. Cuando considera que las informaciones comunicadas por la Comisión no cumplen las exigencias establecidas en los apartados 75, 81 y 83 de la presente sentencia, un órgano jurisdiccional nacional, competente en virtud del Derecho interno para autorizar visitas, no puede limitarse a denegar la solicitud que le ha sido presentada.

91. En tal caso, el referido órgano jurisdiccional y la Comisión deberán, conforme a la obligación de cooperación leal recordada en los apartados 30 a 32 de la presente sentencia, colaborar para superar las dificultades que se presenten con ocasión de la aplicación de la decisión de verificación ordenada por la Comisión (véanse, por analogía, las sentencias de 15 de enero de 1986, Comisión/Bélgica, 52/84, Rec. p. 89, apartado 16, y de 10 de julio de 1990, Comisión/Alemania, C-217/88, Rec. p. I-2879, apartado 33).

92. Para cumplir esta obligación y contribuir a garantizar, como es su deber, la eficacia de la acción de la Comisión, incumbe, por tanto, al órgano jurisdiccional nacional competente informar a la Comisión o a la autoridad nacional que se haya dirigido a aquél a petición de esta, a la mayor brevedad posible, de las dificultades con que se encuentre, solicitando, en su caso, las informaciones complementarias que le permitan ejercer el control que le compete. Con tal motivo, dicho órgano jurisdiccional deberá prestar especial atención a las exigencias de coordinación, rapidez y discreción que garanticen la eficacia de las verificaciones paralelas a que se hace referencia en el apartado 66 de la presente sentencia.

93. El deber de cooperación leal que incumbe a la Comisión reviste, de igual modo, especial importancia cuando tal operación se establece con las autoridades judiciales de un Estado miembro encargadas de velar por la aplicación y el respeto del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico nacional (auto Zwartveld y otros, antes citado, apartado 18). También corresponde a la Comisión facilitar, a la mayor brevedad posible, las informaciones complementarias adicionales que

solicite, en su caso, el órgano jurisdiccional competente y que cumplan las exigencias recordadas en el apartado 90 de la presente sentencia.

94. Solamente después de que obren en su poder tales aclaraciones eventuales, o en el supuesto de que la Comisión no atienda su solicitud, el órgano jurisdiccional nacional competente está legitimado para denegar la concesión de la asistencia solicitada, si no pudiese deducirse, con arreglo a las informaciones de que dispone, la inexistencia de carácter arbitrario y el carácter proporcionado en relación con el objeto de la verificación de las medidas coercitivas previstas.

Sobre la forma en que pueden ponerse en conocimiento del órgano jurisdiccional nacional competente las informaciones

95. Por lo que se refiere a la manera en que pueden ponerse en conocimiento del órgano jurisdiccional nacional competente las informaciones requeridas, hay que señalar que, si el órgano jurisdiccional nacional remitente pregunta al Tribunal de Justicia acerca del posible carácter insuficiente de la motivación de la decisión de verificación de 10 de septiembre de 1998 es, ante todo, porque en el asunto principal el único elemento de apreciación sometido al órgano jurisdiccional nacional competente es el texto de la citada decisión.

96. Procede indicar, sin embargo, que para un órgano jurisdiccional nacional la motivación contenida en dicha decisión de verificación únicamente es relevante como elemento de apreciación que le permita asegurarse de que la medida coercitiva solicitada no es arbitraria ni desproporcionada en relación con el objeto de la infracción. En efecto, el control de las exigencias que debe cumplir la motivación de cualquier decisión de la Comisión por la que se ordene una verificación, tal como se establecen en el artículo 14, apartado 3, del Reglamento n. 17, es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales comunitarios.

97. Si bien los elementos que deben figurar en la propia decisión de verificación, en particular en virtud del artículo 14, apartado 3, del Reglamento n. 17, coinciden en parte con las informaciones que deben ser comunicadas al órgano jurisdiccional nacional competente para que pueda ejercer su control, tales informaciones pueden también proceder de otras fuentes.

98. A este respecto, el Derecho comunitario no impone ninguna forma especial para la comunicación de informaciones al órgano jurisdiccional nacional competente y, por lo que respecta al ejercicio del control que incumbe a éste, tales informaciones pueden proceder tanto de la propia decisión de verificación como de la solicitud dirigida a las autoridades nacionales en virtud del artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17,

o incluso de una respuesta, aunque sea formulada verbalmente, a una pregunta que haya sido formulada por dicho órgano jurisdiccional.

99. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones planteadas que:

- En virtud del principio general del Derecho comunitario que establece una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de una persona física o jurídica que sean arbitrarias o desproporcionadas, incumbe a un órgano jurisdiccional nacional, competente en virtud del Derecho interno para autorizar la práctica de operaciones de inspección e incautación en los locales de empresas sospechosas de haber infringido las normas sobre competencia, examinar si las medidas coercitivas solicitadas a raíz de una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17 son arbitrarias o desproporcionadas en relación con el objeto de la verificación ordenada. Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de Derecho interno que regulan la aplicación de las medidas coercitivas, el Derecho comunitario se opone a que el control ejercido por dicho órgano jurisdiccional nacional en relación con la fundamentación de las citadas medidas vaya más allá de lo exigido por el principio general mencionado.

- El Derecho comunitario obliga a la Comisión a procurar que dicho órgano jurisdiccional nacional disponga de todos los elementos necesarios para permitirle ejercer el control que le incumbe. A este respecto, las informaciones proporcionadas por la Comisión deben incluir, en principio:

- una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, a saber, como mínimo, la indicación del supuesto mercado de referencia y de la naturaleza de las restricciones de competencia que infunden sospechas;

- explicaciones acerca de la forma en que se presume que la empresa objeto de las medidas coercitivas está implicada en la referida infracción;

- explicaciones que pongan de manifiesto de manera detallada que la Comisión dispone de elementos e indicios materiales importantes que la llevan a sospechar que la empresa afectada ha incurrido en dicha infracción;

- una indicación lo más precisa posible de qué es lo que se busca y de los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como una indicación de las facultades conferidas a los investigadores comunitarios, y

- en el supuesto de que la asistencia de las autoridades nacionales sea solicitada por la Comisión con carácter preventivo, para vencer, en su caso, la oposición de la empresa de que se trata, explicaciones que permitan al referido órgano jurisdiccional nacional asegurarse de que, de no autorizarse con carácter preventivo las medidas coercitivas, la determinación de los hechos infractores estaría condenada al fracaso o resultaría considerablemente dificultada.

- Por el contrario, el órgano jurisdiccional nacional no puede exigir la transmisión de elementos e indicios que figuran en el expediente de la Comisión y en los que se basan las sospechas de ésta.

- Cuando el citado órgano jurisdiccional considere que las informaciones comunicadas por la Comisión no cumplen las exigencias mencionadas, no puede, sin incumplir lo dispuesto en los artículos 14, apartado 6, del Reglamento n. 17 y 5 del Tratado, limitarse a denegar la solicitud que le ha sido formulada. En tal caso, dicho órgano jurisdiccional está obligado a informar a la Comisión o a la autoridad nacional que se haya dirigido a él a petición de ésta, a la mayor brevedad posible, de las dificultades que haya encontrado, solicitando, en su caso, las aclaraciones que le permitan ejercer el control que le incumbe. Solamente después de que obren en su poder tales aclaraciones eventuales, o en el supuesto de que la Comisión no atienda su solicitud, el órgano jurisdiccional nacional está legitimado para denegar la concesión de la autorización solicitada, si no pudiese deducirse, con arreglo a las informaciones de que dispone, la inexistencia de carácter arbitrario y el carácter proporcionado en relación con el objeto de la verificación de las medidas coercitivas previstas.

- Las informaciones que debe proporcionar la Comisión al citado órgano jurisdiccional pueden proceder tanto de la propia decisión por la que se ordena la verificación como de la solicitud dirigida a las autoridades nacionales con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17, o incluso de una respuesta, aunque sea verbal, a una pregunta que haya sido formulada por dicho órgano jurisdiccional.

COSTAS.

100. Los gastos efectuados por los Gobiernos francés, alemán, helénico, italiano, del Reino Unido y noruego, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por la Cour de cassation mediante resolución de 7 de marzo de 2000, declara:

1) En virtud del principio general del Derecho comunitario que establece una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de una persona física o jurídica que sean arbitrarias o desproporcionadas, incumbe a un órgano jurisdiccional nacional, competente en virtud del Derecho interno para autorizar la práctica de operaciones de inspección e incautación en los locales de empresas sospechosas de haber infringido las normas sobre competencia, examinar si las medidas coercitivas solicitadas a raíz de una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, son arbitrarias o proporcionadas en relación con el objeto de la verificación ordenada. Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de Derecho interno que regulan la aplicación de las medidas coercitivas, el Derecho comunitario se opone a que el control ejercido por dicho órgano jurisdiccional nacional en relación con la fundamentación de las citadas medidas vayan más allá de lo exigido por el principio general mencionado.

2) El Derecho comunitario obliga a la Comisión a procurar que dicho órgano jurisdiccional nacional disponga de todos los elementos necesarios para permitirle ejercer el control que le incumbe. A este respecto, las informaciones proporcionadas por la Comisión deben incluir, en principio:

- una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, a saber, como mínimo, la indicación del supuesto mercado de referencia y de la naturaleza de las restricciones de competencia que infunden sospechas;

- explicaciones acerca de la forma en que se presume que la empresa objeto de las medidas coercitivas está implicada en la referida infracción;

- explicaciones que pongan de manifiesto de manera detallada que la Comisión dispone de elementos e indicios materiales importantes que la llevan a sospechar que la empresa afectada ha incurrido en dicha infracción;

- una indicación lo más precisa posible de qué es lo que se busca y de los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como una indicación de las facultades conferidas a los investigadores comunitarios, y

- en el supuesto de que la asistencia de las autoridades nacionales sea solicitada por la Comisión con carácter preventivo, para vencer, en su caso, la oposición de la empresa de que se trata, explicaciones que permitan al referido órgano jurisdiccional nacional asegurarse de que, de no autorizarse con carácter preventivo las medidas coercitivas, la determinación de los hechos infractores estaría condenada al fracaso o resultaría considerablemente dificultada.

3) Por el contrario, el órgano jurisdiccional nacional no puede exigir la transmisión de elementos e indicios que figuran en el expediente de la Comisión y en los que se basan las sospechas de ésta.

4) Cuando el citado órgano jurisdiccional considere que las informaciones comunicadas por la Comisión no cumplen las exigencias mencionadas, no puede, sin incumplir lo dispuesto en los artículos 14, apartado 6, del Reglamento n. 17 y 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE), limitarse a denegar la solicitud que le ha sido formulada. En tal caso, dicho órgano jurisdiccional está obligado a informar a la Comisión o a la autoridad nacional que se haya dirigido a él a petición de ésta, a la mayor brevedad posible, de las dificultades que haya encontrado, solicitando, en su caso, las aclaraciones que le permitan ejercer el control que le incumbe. Solamente después de que obren en su poder tales aclaraciones eventuales, o en el supuesto de que la Comisión no atienda su solicitud, el órgano jurisdiccional nacional está legitimado para denegar la concesión de la autorización solicitada, si no pudiese deducirse, con arreglo a las informaciones de que dispone, la inexistencia de carácter arbitrario y el carácter proporcionado en relación con el objeto de la verificación de las medidas coercitivas previstas.

5) Las informaciones que debe proporcionar la Comisión al citado órgano jurisdiccional pueden proceder tanto de la propia decisión por la que se ordena la verificación como de la solicitud dirigida a las autoridades nacionales con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento n. 17, o incluso de una respuesta, aunque sea verbal, a una pregunta que haya sido formulada por dicho órgano jurisdiccional.

Rodríguez Iglesias
Puissochet
Wathelet

Schintgen
Gulmann

Edward
La Pergola
Jann

Skouris
Macken

Colneric
von Bahr
Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 22 de octubre de 2002.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

1: Lengua de procedimiento: francés.

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de noviembre de 2002 (1)

Comentario de Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

Otro asunto crucial es el resuelto por la Sentencia Oteiza (C-100/01, de 26 de noviembre de 2002), con un especial interés para España, en tanto resuelve la **cuestión prejudicial** relativa a la compatibilidad de unas medidas penales impuestas por un tribunal de police francés a Aitor Oteiza, miembro de ETA condenado en Francia por colaboración con banda armada. El asunto planteaba dificultades de **compatibilidad con el Derecho comunitario**, porque el tribunal impuso una pena de restricción parcial de movimientos, prohibiéndole la residencia en los departamentos franceses fronterizos con España. Esta restricción fue considerada contraria al Derecho comunitario porque no está contemplada para los ciudadanos franceses, lesionando así el **principio de equivalencia** consagrado, en un caso similar, por la Sentencia Rutili. Lo cierto es que la medida era, aparentemente, incompatible con el ordenamiento comunitario desde el momento en que se exige a los jueces nacionales que garanticen remedios judiciales equivalentes a los contemplados para los ciudadanos del Estado anfitrión, lo que no ocurría en el caso de autos. El Abogado General Tizzano, en un ejercicio de funambulismo argumentativo, no contribuyó demasiado a facilitarle las cosas al juez francés, proponiendo una interpretación acorde con la Sentencia Rutili y dejando la cuestión prácticamente sin resolver. Por otra parte, el TJCE sí se pronunció, y con contundencia, forzando si acaso los límites de la equivalencia procesal. En su pronunciamiento, el Tribunal estableció que **la libre circulación** de trabajadores puede excepcionarse en estos casos, de la misma forma que un Estado miembro puede expulsar de su territorio a un extranjero comunitario, pero no a un nacional suyo. A fortiori, si el Estado puede privar al ciudadano comunitario del punto de partida esencial (la residencia in totum, y no parte de ella), también puede justificar que restrinja parte del derecho circunscribiendo los movimientos a un perímetro del territorio francés, a pesar de que los ciudadanos nacionales estén exentos de un régimen semejante. Detrás estaba el fantasma del terrorismo, y prueba de ello son las Conclusiones de Tizzano, que en momento alguno mencionó la palabra ETA, con una evidente voluntad de solventar el asunto en unos términos asépticos. Aunque el TJCE es bastante contundente en su resolución, dejando bien claro que en el fondo del asunto yacía la cuestión terrorista, también es cierto que lleva la excepción de orden público de las libertades a unos extremos ciertamente peligrosos (hoy ETA, pero mañana puede ser un tipo que nada tenga que ver con una banda terrorista, cuya restricción de una libertad comunitaria se justificaría con una interpretación estricta del asunto Oteiza).

TEXTO DE LA SENTENCIA

«Libre circulación de personas - Restricciones - Orden público - Medidas de policía que limitan a una parte del territorio nacional el derecho de residencia de un nacional de otro Estado miembro»

En el asunto C-100/01,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Conseil d'État(Francia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Ministre de l'Intérieur

y

Aitor Oteiza Olazábal,

una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 6, 8 A y 48 del Tratado CE (actualmente artículos 12 CE, 18 CE y 39 CE, tras su modificación), así como de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y deresidencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 1964, 56, p. 850; EE 05/01, p. 36),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por el Sr. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente, los Sres. J.-P. Puissochet, M. Wathelet y R. Schintgen, Presidentes de Sala, y los Sres. C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann (Ponente) y V. Skouris, las Sras. F. Macken y N. Colneric y los Sres. S. von Bahr y J.N. Cunha Rodrigues, Jueces; Abogado General: Sr. A. Tizzano; Secretaria: Sra. M.-F. Contet, administradora;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre del Sr. Oteiza Olazábal, por Me D. Rouget, avocat;
- en nombre del Gobierno francés, por los Sres. R. Abraham, G. de Bergues y C. Chevallier, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno español, por la Abogacía del Estado;
- en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. U. Leanza, en calidad de agente, asistido por la Sra. F. Quadri, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. D. Martin y la Sra. C. O'Reilly, en calidad de agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales del Sr. Oteiza Olazábal, representado por Me D. Rouget; del Gobierno francés, representado por el Sr. R. Abraham y la Sra. C. Bergeot, en calidad de agente; del Gobierno belga, representado por la Sra. A. Snoecx, en calidad de agente; del Gobierno español, representado por la Abogacía del Estado, y de la Comisión, representada por el Sr. D. Martin y la Sra. C. O'Reilly, expuestas en la vista de 15 de enero de 2002;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 25 de abril de 2002;

dicta la siguiente

SENTENCIA

1. Mediante resolución de 29 de diciembre de 2000, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de febrero de 2001, el Conseil d'État planteó, con arreglo al artículo 234 CE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 6, 8 A y 48 del Tratado CE (actualmente artículos 12 CE, 18 CE y 39 CE, tras su modificación), así como de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 1964, 56, p. 850; EE 05/01, p. 36).

2. Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre el Ministro francés del Interior y el Sr. Oteiza Olazábal, nacional español, en relación con la legalidad de medidas que limitan el derecho de residencia de este último a una parte del territorio francés.

MARCO JURÍDICO

Derecho comunitario

3. El artículo 6, párrafo primero, del Tratado dispone:

«En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.»

4. El artículo 8 A, apartado 1, del Tratado establece:

«Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.»

5. Conforme al artículo 48 del Tratado:

«1. La libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, al final del período transitorio.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;

b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;

[...]

6. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 64/221 prevé:

«La presente Directiva se refiere a las disposiciones relativas a la entrada en el territorio, a la concesión o renovación del permiso de residencia, o al abandono del territorio, que sean adoptadas por los Estados miembros, por razones de orden público, seguridad o de salud públicas.»

7. El artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 64/221 dispone:

«1. Las medidas de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen.

2. La mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas.»

8. A tenor del artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 13; EE 05/01, p. 88), el permiso de residencia de un trabajador

migrante «habrá de ser válid[o] para el conjunto del territorio del Estado miembro que l[o] expida».

9. Conforme al artículo 10 de la Directiva 68/360:

«Los Estados miembros no podrán dejar de aplicar lo dispuesto en la presente Directiva más que por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública.»

Derecho nacional

10. El artículo 2 del Decreto n. 46-448, de 18 de marzo de 1946, por el que se aplican los artículos 8 y 36 de la Orden de 2 de noviembre de 1945, relativa a las condiciones de entrada y de residencia de los extranjeros en Francia, en su versión modificada por el Decreto n. 93-1285, de 6 de diciembre de 1993 (JORF de 8 de diciembre de 1993, p. 17045; en lo sucesivo, «Decreto n. 46-448»), dispone:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, los extranjeros residirán y circularán libremente en el territorio de la Francia metropolitana.

Sin embargo, el Ministro del Interior podrá designar, mediante orden, departamentos en los que los extranjeros no podrán, a partir de la publicación de dicha orden, establecer su domicilio sin haber obtenido previamente una autorización del prefecto del lugar al que quieran trasladarse.

En los permisos de residencia de los extranjeros domiciliados en estos departamentos se incluirá una indicación especial que los hará válidos para el departamento de que se trate.

Cuando un extranjero que no sea titular de un permiso de residencia deba ser sometido a vigilancia especial por su comportamiento o sus antecedentes, el Ministro del Interior podrá prohibirle la residencia en uno o varios departamentos. En el mismo supuesto, el delegado del Gobierno podrá limitar la validez territorial del permiso de residencia o del documento sustitutivo de que dispone el interesado al departamento o, dentro de éste, a una o varias circunscripciones de su elección. La decisión del Ministro del Interior y de la Descentralización o del delegado del Gobierno se indicará en el permiso de residencia del interesado.

Los extranjeros a los que se refiere el párrafo anterior no podrán circular fuera de la zona de validez de su permiso de residencia si no cuentan con un salvoconducto expedido por el comisario de policía o, a falta de éste, por la gendarmería de su lugar de residencia.

El extranjero que establezca su domicilio o resida en una circunscripción territorial incumpliendo las disposiciones del presente

artículo será castigado con las penas previstas para las infracciones de quinta clase.»

LITIGIO PRINCIPAL

11. Tanto de la resolución de remisión como de los autos resulta que el Sr. Oteiza Olazábal, nacional español de origen vasco, abandonó España en julio de 1986 para trasladarse a Francia, donde solicitó el estatuto de refugiado, que le fue denegado.

12. El 23 de abril de 1988, el Sr. Oteiza Olazábal fue detenido en territorio francés en el marco de un procedimiento seguido como consecuencia del secuestro de un empresario en Bilbao, reivindicado por ETA. El 8 de julio de 1991, el tribunal de grande instance de Paris (Francia), pronunciándose en materia penal, le condenó a dieciocho meses de prisión, ocho de ellos con suspensión de la ejecución de la pena, y a cuatro años de prohibición de residencia por asociación ilícita con objeto de alterar el orden público mediante la intimidación o el terror.

13. Alegando su condición de nacional comunitario, el Sr. Oteiza Olazábal solicitó que se le expidiera un permiso de residencia. Las autoridades administrativas francesas desestimaron su solicitud, pero le concedieron autorizaciones provisionales de residencia. Además, se impuso al Sr. Oteiza Olazábal una medida de vigilancia especial, conforme al artículo 2 del Decreto n. 46-448, que implicaba la prohibición de residir en nueve departamentos. La validez de esta medida expiró en julio de 1995.

14. En 1996, el Sr. Oteiza Olazábal, que hasta entonces residía en el departamento de Hauts-de-Seine (región de Ile-de-France), decidió establecerse en el departamento de Pyrénées-Atlantiques (región de Aquitania), fronterizo con España y, más concretamente, con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

15. Habida cuenta de una serie de informes policiales según los cuales el Sr. Oteiza Olazábal seguía manteniendo relaciones con ETA, el Ministro del Interior decidió, mediante orden de 21 de marzo de 1996, adoptada de conformidad con el artículo 2 del Decreto n. 46-448, prohibirle residir en treinta y un departamentos, para alejarlo de la frontera española. Mediante orden de 25 de junio de 1996, el prefecto de Hauts-de-Seine le prohibió abandonar dicho departamento sin su autorización.

16. El Sr. Oteiza Olazábal solicitó al tribunal administratif de Paris (Francia) la anulación de estas dos órdenes, solicitud que el tribunal acogió mediante sentencia de 7 de julio de 1997. Esta resolución fue posteriormente confirmada por la cour administrative d'appel de Paris (Francia) mediante sentencia de 18 de febrero de 1999.

17. Dichos órganos jurisdiccionales consideraron que los artículos 6, 8 A y 48 del Tratado, así como la Directiva 64/221, tal como fueron interpretados por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 28 de octubre de 1975, Rutili (36/75, Rec. p. 1219), se oponían a que se adoptaran tales medidas contra el Sr. Oteiza Olazábal.

18. El Ministro del Interior interpuso ante el Conseil d'État un recurso de casación contra la sentencia de la cour administrative d'appel.

19. El Conseil d'État estimó, en primer lugar, que, aunque el artículo 8 A del Tratado reconoce a todo ciudadano de la Unión el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, lo hace sin perjuicio de las limitaciones y condiciones previstas por el Tratado y por las disposiciones adoptadas para su aplicación. Igualmente, la prohibición de toda discriminación ejercida por razón de la nacionalidad sólo está prevista, en el artículo 6 del Tratado, en el ámbito de aplicación del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones particulares que contiene. Además, el artículo 48 del Tratado, al tiempo que dispone, en su apartado 1, que la libre circulación de los trabajadores ha de quedar asegurada dentro de la Comunidad y precisa, en su apartado 3, que dicha libertad implica el derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo y de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros, formula una reserva expresa en el supuesto de las limitaciones justificadas por razones de orden público y de seguridad y salud públicas.

20. El Conseil d'État señaló, en segundo lugar, que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la reserva introducida en el artículo 48, apartado 3, del Tratado permite a los Estados miembros adoptar, frente a los nacionales de otros Estados miembros y por motivos de orden público, medidas de prohibición de la entrada en su territorio nacional o de expulsión de éste que no pueden aplicar a sus propios nacionales.

21. Por último, indicó que el principio de proporcionalidad exige que las medidas adoptadas para preservar el orden público permitan alcanzar el objetivo perseguido y no sobrepasen los límites de lo que es necesario a tal efecto. A este respecto, destacó que una medida que restringe la validez territorial de un permiso de residencia era menos rigurosa que una decisión de expulsión.

22. Por albergar dudas, a la luz de estas consideraciones, sobre la validez de una medida que limita el derecho de residencia de un nacional de otro Estado miembro a una parte del territorio nacional, en relación con el Derecho comunitario, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Se oponen las disposiciones de los artículos 6, 8 A y 48 del Tratado de Roma (actualmente artículos 12 CE, 18 CE y 39 CE, respectivamente), el principio de proporcionalidad aplicable en Derecho comunitario, así como las disposiciones de Derecho derivado adoptadas para garantizar la aplicación del Tratado, en particular la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, a que un Estado miembro pueda adoptar, respecto a un nacional de otro Estado miembro al que se aplican las disposiciones del Tratado, una medida de policía administrativa que limite, bajo control jurisdiccional de su legalidad, la residencia de aquel nacional a una parte del territorio nacional, cuando existen razones de orden público que se oponen a su residencia en el resto del territorio, o, en tal supuesto, la única medida restrictiva de la residencia que puede adoptarse legalmente frente a dicho nacional consiste en una medida de prohibición total de residencia en el territorio, dictada con arreglo al Derecho nacional?»

SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

23. Con carácter preliminar, procede determinar las disposiciones del Tratado aplicables a un asunto como el que es objeto del procedimiento principal. A este respecto, de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia resulta que el Sr. Oteiza Olazábal desempeñó, durante la totalidad del período pertinente a efectos del asunto principal, una actividad laboral por cuenta ajena en Francia.

24. En tales circunstancias, resulta que el asunto está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 48 del Tratado.

25. Por consiguiente, no es necesario interpretar el artículo 6 del Tratado. En efecto, esta disposición, que establece el principio general que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad, está destinado a aplicarse de manera independiente sólo en situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación (véase, en especial, la sentencia de 25 de junio de 1997, Mora Romero, C-131/96, Rec. p. I-3659, apartado 10).

26. Igualmente, es necesario destacar que el artículo 8 A del Tratado, que enuncia de manera general el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, tiene una expresión específica en el artículo 48 del Tratado por lo que respecta a la libre circulación de los trabajadores. Pues bien, en la medida en que el asunto principal se halla comprendido en el ámbito de esta última disposición, no es necesario pronunciarse sobre la interpretación del artículo 8 A del Tratado (véase, por lo que a la libertad de establecimiento se refiere, la sentencia de 29 de febrero de

1996, Skanavi y Chryssanthakopoulos, C-193/94, Rec. p. I-929, apartado 22).

27. El artículo 48 del Tratado garantiza, en particular, al nacional de un Estado miembro el derecho de residir en otro Estado miembro para ejercer en él un empleo. No obstante, en virtud de su apartado 3, dicho derecho puede limitarse en la medida en que ello esté justificado por razones de orden público y de seguridad y salud públicas.

28. En el asunto Rutili, antes citado, al que hace referencia el órgano jurisdiccional remitente, se pidió al Tribunal de Justicia que interpretara el concepto de «limitaciones justificadas por razones de orden público», respecto al cual dicho Tribunal dio una serie de aclaraciones.

29. Respondió a las cuestiones prejudiciales, en primer lugar, que la expresión «sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público», que figura en el artículo 48, no sólo se refiere a las disposiciones legales y reglamentarias que cada Estado miembro adopta para limitar en su territorio la libre circulación y la residencia de los nacionales de los demás Estados miembros, sino también a las resoluciones individuales adoptadas en aplicación de dichas disposiciones legales o reglamentarias.

30. En segundo lugar, consideró que la justificación de las medidas destinadas a salvaguardar el orden público debe ser valorada tomando en consideración todas las normas de Derecho comunitario que tengan por objeto, por una parte, limitar la apreciación discrecional de los Estados miembros en la materia y, por otra parte, garantizar la defensa de los derechos de las personas sujetas a medidas restrictivas por razones de orden público.

31. El Tribunal de Justicia añadió que tales límites y garantías se derivan especialmente de la obligación, impuesta a los Estados miembros, de fundamentar las medidas adoptadas exclusivamente en el comportamiento personal de los individuos a que se apliquen, de abstenerse en la materia de toda medida que se utilice con fines ajenos a las necesidades de orden público o que vulnere el ejercicio de los derechos sindicales, deponer inmediatamente en conocimiento de toda persona a la que se apliquen medidas restrictivas las razones en que se base la decisión adoptada -a menos que ello sea contrario a la seguridad del Estado- y, por último, de garantizar la posibilidad del ejercicio efectivo de los recursos.

32. En particular, el Tribunal de Justicia declaró que un Estado miembro sólo puede imponer a los nacionales de otros Estados miembros a los que se aplican las disposiciones del Tratado medidas restrictivas del derecho de residencia limitadas a una parte del territorio

nacional en los casos y en las condiciones en que tales medidas puedan aplicarse a los nacionales del Estado de que se trate.

33. Para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto, procede situar en su contexto esta última respuesta, que constituye el eje del procedimiento principal.

34. A este respecto, ha de recordarse que el asunto Rutili, antes citado, se refería a la situación de un nacional italiano residente en Francia desde su nacimiento y al que se habían impuesto en dicho Estado miembro medidas restrictivas de su derecho de residencia como consecuencia de sus actividades políticas y sindicales. Se le imputaban determinadas actividades consistentes esencialmente en acciones de carácter político durante las elecciones legislativas de 1967 y los acontecimientos de mayo-junio de 1968, así como en su participación en una manifestación durante la celebración del 14 de julio de 1968.

35. En cambio, el demandado en el procedimiento principal fue condenado en Francia a dieciocho meses de prisión y a cuatro años de prohibición de residencia por asociación ilícita con objeto de alterar el orden público mediante la intimidación o el terror. De los autos resulta que las medidas de policía administrativa adoptadas en su contra y cuya legalidad constituye el objeto del procedimiento principal se debían a su pertenencia a un grupo armado y organizado cuya actividad constituye una perturbación del orden público en el territorio francés. Por otra parte, la prevención de tal actividad puede considerarse incluida en el mantenimiento de la seguridad pública.

36. Además, procede señalar que en el asunto Rutili, antes citado, el órgano jurisdiccional remitente dudaba sobre si una situación concreta como la del Sr. Rutili, que había ejercido derechos sindicales, permitía la adopción de una medida destinada a defender el orden público. En cambio, en el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente parte de la premisa de que existen razones de orden público que se oponen a la residencia en una parte del territorio del trabajador migrante de que se trata en el procedimiento principal y, si no se pudiera adoptar una medida de prohibición de residencia en dicha parte del territorio, tales razones podrían justificar una medida de prohibición de residencia en todo el territorio.

37. En estas circunstancias, es necesario examinar si el artículo 48 del Tratado se opone a que un Estado miembro adopte, respecto a un trabajador migrante nacional de otro Estado miembro, medidas de policía administrativa que limiten el derecho de residencia de dicho trabajador migrante a una parte del territorio nacional.

38. Como destaca acertadamente el Abogado General en el punto 29 de sus conclusiones, del tenor literal del artículo 48, apartado 3, del

Tratado no resulta que las limitaciones de la libre circulación de los trabajadores justificadas por razones de orden público deban tener siempre el mismo alcance territorial que los derechos que confiere dicha disposición. Por otra parte, el Derecho derivado no se opone a esta interpretación. En efecto,

aunque el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 68/360 exige que el permiso de residencia sea válido para todo el territorio del Estado miembro que lo expide, el artículo 10 de la misma Directiva permite introducir excepciones a dicha disposición, en particular por razones de orden público.

39. Ha de recordarse que la reserva prevista en el artículo 48, apartado 3, del Tratado reconoce a los Estados miembros, frente a una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, la posibilidad de imponer restricciones a la libre circulación de los trabajadores (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 35, y de 5 de febrero de 1991, Roux, C-363/89, Rec. p. I-273, apartado 30).

40. El Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que las reservas contenidas en el artículo 48 del Tratado y en el artículo 56 del Tratado CE (actualmente artículo 46 CE, tras su modificación) permiten a los Estados miembros adoptar, con respecto a los nacionales de los demás Estados miembros, especialmente por razones de orden público, medidas que no podrían aplicar a sus propios nacionales, en el sentido de que no pueden expulsar a éstos del territorio nacional ni prohibirles el acceso a él (véanse las sentencias de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, 41/74, Rec. p. 1337, apartados 22 y 23; de 18 de mayo de 1982, Adoui y Cornuaille, asuntos acumulados 115/81 y 116/81, Rec. p. 1665, apartado 7; de 17 de junio de 1997, Shingara y Radiom, asuntos acumulados C-65/95 y C-111/95, Rec. p. I-3343, apartado 28, y de 19 de enero de 1999, Calfa, C-348/96, Rec. p. I-11, apartado 20).

41. En situaciones en las que pueden aplicarse a los nacionales de los demás Estados miembros medidas de expulsión o de prohibición de residencia, también pueden imponerse a aquéllos medidas menos severas que constituyan restricciones parciales de su derecho de residencia, justificadas por razones de orden público, sin que sea necesario que el Estado miembro de que se trate pueda aplicar medidas idénticas a sus propios nacionales.

42. No obstante, procede recordar que un Estado miembro no puede, amparándose en la reserva de orden público contenida en los artículos 48 y 56 del Tratado, adoptar frente a un nacional de otro Estado miembro medidas provocadas por un comportamiento que, de ser realizado por los nacionales del primer Estado miembro, no da lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas

destinadas a combatir dicho comportamiento (véase, en este sentido, la sentencia Adoui y Cornuaille, antes citada, apartado 9).

43. Debe recordarse también que una medida restrictiva de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado sólo puede justificarse si respeta el principio de proporcionalidad. A este respecto, dicha medida ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37).

44. Por lo demás, ha de destacarse que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales controlar si las medidas adoptadas en el presente asunto corresponden efectivamente a un comportamiento individual que constituye una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública y si respetan además el principio de proporcionalidad.

45. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que ni el artículo 48 del Tratado ni las disposiciones de Derecho derivado que aplican la libertad de circulación de los trabajadorEs se oponen a que un Estado miembro adopte, respecto a un trabajador migrante nacional de otro Estado miembro, medidas de policía administrativa que limiten el derecho de residencia de dicho trabajador a una parte del territorio nacional, siempre y cuando

- ello esté justificado por motivos de orden público o de seguridad pública basados en su comportamiento individual,
- de no existir tal posibilidad, dichos motivos sólo puedan llevar, debido a su gravedad, a una medida de prohibición de residencia o de expulsión respecto a todo el territorio nacional
- y el comportamiento que el Estado miembro interesado quiere evitar dé lugar, cuando los autores sean sus propios nacionales, a medidas represivas o a otras medidas reales y efectivas destinadas a combatirlo.

COSTAS

46. Los gastos efectuados por los Gobiernos francés, belga, español e italiano y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Conseil d'État mediante resolución de 29 de diciembre de 2000, declara:

Ni el artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) ni las disposiciones de Derecho derivado que aplican la libertad de circulación de los trabajadores se oponen a que un Estado miembro adopte, respecto a un trabajador migrante nacional de otro Estado miembro, medidas de policía administrativa que limiten el derecho de residencia de dicho trabajador a una parte del territorio nacional, siempre y cuando

- ello esté justificado por motivos de orden público o de seguridad pública basados en su comportamiento individual,
- de no existir tal posibilidad, dichos motivos sólo puedan llevar, debido a su gravedad, a una medida de prohibición de residencia o de expulsión respecto a todo el territorio nacional
- y el comportamiento que el Estado miembro interesado quiere evitar dé lugar, cuando los autores sean sus propios nacionales, a medidas represivas o a otras medidas reales y efectivas destinadas a combatirlo.

Rodríguez Iglesias
Puissochet
Wathelet

Schintgen
Gulmann
Edward

La Pergola
Jann
Skouris

Macken
Colneric
von Bahr

Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 26 de noviembre de 2002.

El Secretario
El Presidente

R. Grass
G.C. Rodríguez Iglesias

1: Lengua de procedimiento: francés.

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de diciembre de 2002 (1)

Comentario de Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

El TJCE ha resuelto una **cuestión prejudicial** contra la **segunda Directiva del tabaco**, pero esta vez refrendando la legalidad de ésta. En el asunto American Tobacco (C-491/01, de 10 de diciembre de 2002) se resuelven cuestiones de envergadura muy variadas, pero entre ellas destaca el problema de las bases jurídicas y la extensión del artículo 95 TCE. Después del pronunciamiento del TJCE en la sentencia del Tabaco, ahora viene a refrendar el uso de esta base jurídica para justificar la competencia de la Comunidad. La Sentencia es muy interesante porque resulta bastante más tolerante con las Instituciones, al mismo tiempo que reitera la línea anti-formalista que ya había mostrado en resoluciones anteriores a la luz de la elección de las bases jurídicas. Estima que un uso conjunto de dos bases jurídicas (95 TCE y 133 TCE), aunque una de ellas sea irrelevante, no vicia el resultado normativa siempre y cuando se hayan respetado las garantías procedimentales de cada título. En palabras del Tribunal, “el hecho de que se añadiera el artículo 133 CE al artículo 95 CE como segunda base jurídica de la Directiva no ha menoscabado la esencia del procedimiento de codecisión seguido en el presente caso”.

La Sentencia American Tobacco es también muy importante por lo siguiente: admite la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial de validez con anterioridad a la expiración del plazo de transposición. Esta es, creo yo, la primera consecuencia de la línea sentada en la Sentencia Unión de Pequeños Agricultores (C-50/00, de 25 de julio de 2002), pues a lo largo de su argumentación el Tribunal insiste en la necesidad de garantizar mecanismos de impugnación a los particulares contra actos generales. Además, en línea con el párrafo 44 de la Sentencia UPA, esta nueva posibilidad de impugnación en el interim de adaptación es congruente con la imposibilidad impugnatoria que prevé el art. 230.4 TCE, si a ello también sumamos la “obligación” que tienen los Tribunales de plantear la cuestión prejudicial de validez con objeto de garantizar la tutela judicial efectiva (en los términos sentados, también, en el asunto UPA).

TEXTO DE LA SENTENCIA

«Directiva 2001/37/CE - Fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco - Validez - Base jurídica - Artículos 95 CE y 133 CE - Interpretación - Aplicabilidad a los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros»

En el asunto C-491/01,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Reino Unido), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

The Queen

y

Secretary of State for Health,

ex parte:

British American Tobacco (Investments) Ltd

e

Imperial Tobacco Ltd,

con intervención de:

Japan Tobacco Inc.

y

JT International SA,

una decisión prejudicial sobre la validez e interpretación de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DO L 194, p. 26),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por el Sr. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente, los Sres. J.-P. Puissochet, M. Wathelet, R. Schintgen y C.W.A. Timmermans, Presidentes de Sala, y los Sres. D.A.O. Edward, A. La Pergola (Ponente), P. Jann y V. Skouris, las Sras. F. Macken y N. Colneric y los Sres. S. von Bahr y J.N. Cunha Rodrigues, Jueces; Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed;
Secretarías: Sras. L. Hewlett, administradora principal, y M.-F. Contet, administradora;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd, por los Sres. D. Wyatt y D.Anderson, QC, y la Sra. J. Stratford, Barrister, designados por el bufete Lovells, Solicitors;
- en nombre de Japan Tobacco Inc. y JT International SA, por los Sres. O.W. Brouwer, advocaat, y N.P. Lomas,Solicitor, designados por el bufete Freshfields Bruckhaus Deringer, Solicitors;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. P. Ormond, en calidad de agente, asistida por los Sres. N.Paine, QC, y T. Ward, Barrister;
- en nombre del Gobierno belga, por la Sra. A. Snoecx, en calidad de agente, asistida por Mes E. Gillet y G.Vandersanden, avocats;
- en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. W.-D. Plessing, en calidad de agente, asistido por el Sr. J. Sedemund,Rechtsanwalt;
- en nombre del Gobierno helénico, por los Sres. V. Kontolaimos y S. Charitakis, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno francés, por el Sr. G. de Bergues y la Sra. R. Loosli-Surrans, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. U. Leanza, en calidad de agente, asistido por el Sr. O. Fiumara, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno luxemburgués, por el Sr. J. Faltz, en calidad de agente, asistido por Me P. Kinsch, avocat;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. H.G. Sevenster, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. E. Bygglin, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno sueco, por el Sr. A. Kruse, en calidad de agente;
- en nombre del Parlamento Europeo, por los Sres. C. Pennera y M. Moore, en calidad de agentes;
- en nombre del Consejo de la Unión Europea, por la Sra. E. Karlsson y el Sr. J.-P. Hix, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. I. Martínez del Peral y el Sr. K. Fitch, en calidad de agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de British American Tobacco (Investments) Ltd y de Imperial Tobacco Ltd, representadas por los Sres. D. Wyatt y D. Anderson y la Sra. J. Stratford; de Japan Tobacco Inc. y de JT International SA, representadas por los Sres. O.W. Brouwer y N.P. Lomas; del Gobierno del Reino Unido, representado por el Sr. J.E. Collins, en calidad de agente, asistido por los Sres. N. Paine y T. Ward; del Gobierno belga, representado por el Sr. G. Vandersanden; del Gobierno alemán, representado por el Sr. M. Lumma, en calidad de agente, asistido por el Sr. J. Sedemund; del Gobierno helénico, representado por los Sres. V. Kontolaimos y S. Charitakis; del Gobierno francés, representado por la Sra. R. Loosli-Surrans; del Gobierno irlandés, representado por el Sr. J. Buttimore, BL; del Gobierno italiano, representado por el Sr. O. Fiumara; del Gobierno luxemburgués, representado por el Sr. N. Mackel, en calidad de agente, asistido por el Sr. P. Kinsch; del Gobierno neerlandés, representado por la Sra. J. van Bakel, en calidad de agente; del Gobierno finlandés, representado por la Sra. E. Bygglin; del Parlamento, representado por los Sres. C. Pennera y M. Moore; del Consejo, representado por la Sra. E. Karlsson y el Sr. J.-P. Hix, y de la Comisión, representada por la Sra. I. Martínez del Peral y el Sr. K. Fitch, expuestas en la vista de 2 de julio de 2002;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 10 de septiembre de 2002;

dicta la siguiente

SENTENCIA

1. Mediante resolución de 6 de diciembre de 2001, recibida en el Tribunal de Justicia el 19 de diciembre siguiente, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), planteó, con arreglo al artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales sobre la validez e interpretación de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DO L 194, p. 26; en lo sucesivo, «Directiva»).

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de la solicitud presentada el 3 de septiembre de 2001 por British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd con el fin de que se les concediera autorización para interponer un recurso contencioso-administrativo («judicial review») contra la «intención y/o la obligación» del Gobierno del Reino Unido de adaptar el Derecho interno a la Directiva.

MARCO JURÍDICO

Directiva 89/622/CEE

3. La Directiva 89/622/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco y a la prohibición de poner en el mercado determinados tabacos de uso oral (DO L 359, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 92/41/CEE del Consejo, de 15 de mayo de 1992 (DO L 158, p. 30; en lo sucesivo, «Directiva 89/622»), adoptada sobre la base del artículo 100 A del Tratado CE (actualmente artículo 95 CE, tras su modificación), prevé una advertencia general que debe figurar en las unidades de envasado de todos los productos del tabaco, así como advertencias adicionales reservadas a los cigarrillos, y, a partir de 1992, amplió la obligación de llevar advertencias adicionales a otros productos del tabaco.

Directiva 90/239/CEE

4. La Directiva 90/239/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto al contenido máximo de alquitrán de los cigarrillos (DO L 137, p. 36), adoptada sobre la base del artículo 100 A del Tratado, fijó los límites máximos del contenido de alquitrán de los cigarrillos comercializados en los Estados miembros en 15 mg por cigarrillo a partir del 31 de diciembre de 1992 y en 12 mg por cigarrillo a partir del 31 de diciembre de 1997.

Directiva

5. La Directiva se adoptó sobre la base de los artículos 95 CE y 133 CE y tiene por objeto refundir las Directivas 89/622 y 90/239, adaptando y completando sus disposiciones.

6. Conforme a los considerandos segundo y tercero de la Directiva, todavía existen disparidades sustanciales entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco que constituyen obstáculos al funcionamiento del mercado interior, debiendo eliminarse tales obstáculos mediante la aproximación de las normas aplicables en la materia.

7. A tenor del cuarto considerando de la Directiva:

«De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 95 del Tratado, conviene basarse en un nivel de protección elevado en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, teniendo en cuenta, en particular, cualquier nuevo avance basado en hechos científicos; habida cuenta

de los efectos especialmente nocivos del tabaco, la protección de la salud debe ser objeto de una atención prioritaria en este contexto.»

8. El quinto considerando de la Directiva precisa:

«La Directiva 90/239/CEE estableció límites máximos con respecto al contenido de alquitrán de los cigarrillos comercializados en los Estados miembros a partir del 31 de diciembre de 1992. La naturaleza carcinógena del alquitrán hace necesario reducir aún más el contenido de esta sustancia en los cigarrillos.»

9. El séptimo considerando de la Directiva presenta el siguiente tenor:

«Varios Estados miembros han indicado que adoptarán medidas a nivel nacional para establecer los contenidos máximos de monóxido de carbono de los cigarrillos si dichas medidas no se adoptan a nivel comunitario. Las diferencias existentes en las normas relativas al monóxido de carbono pueden dar lugar a trabas a los intercambios comerciales y constituir obstáculos al buen funcionamiento del mercado interior. [...]»

10. Conforme al noveno considerando de la Directiva:

«Existen divergencias entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de limitación del contenido máximo de nicotina de los cigarrillos. Estas divergencias pueden originar trabas a los intercambios comerciales y constituir un obstáculo al buen funcionamiento del mercado interior.
[...]»

11. A tenor del undécimo considerando de la Directiva:

«La presente Directiva también tendrá consecuencias para los productos del tabaco que se exportan desde la Comunidad Europea. El régimen de exportación forma parte de la política comercial común. De conformidad con el apartado 1 del artículo 152 del Tratado y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los requisitos en materia de sanidad deben formar parte integrante de las demás políticas comunitarias. Deben adoptarse normas que garanticen que no se menoscaban las disposiciones relativas al mercado interior.»

12. El decimonoveno considerando de la Directiva prevé:

«La presentación de las advertencias y de los contenidos ha seguido siendo poco uniforme en los diferentes Estados miembros. Por consiguiente, en un Estado miembro los consumidores podrían estar mejor informados que en otro sobre los riesgos asociados a los

productos del tabaco. Dichas diferencias son inaceptables y podrían dar lugar a trabas a los intercambios comerciales y constituir obstáculos al funcionamiento del mercado interior de los productos del tabaco, y, por consiguiente, deberían ser eliminadas. A tal efecto, es necesario reforzar y clarificar la legislación vigente, garantizando un nivel elevado de protección de la salud.»

13. Con arreglo al vigésimo séptimo considerando de la Directiva:

«La utilización en las unidades de envasado de los productos del tabaco de términos tales como bajo en alquitrán, ultraligero, ultralight (o ligero) (o light), suave, o de nombres, dibujos, imágenes u otros signos puede inducir al consumidor a la creencia errónea de que dichos productos son menos nocivos y dar origen a cambios en las pautas de consumo. No sólo el contenido de determinadas sustancias en el producto antes de su consumo, sino también el comportamiento del fumador y el grado de adicción determinan el nivel de las sustancias inhaladas. Este hecho no queda reflejado con la utilización de dichos términos y, por consiguiente, puede menoscabar los requisitos en materia de etiquetado que establece la presente Directiva. Para velar por el correcto funcionamiento del mercado interior, y teniendo en cuenta el desarrollo de normas internacionales propuestas, se deben prever medidas a escala comunitaria para prohibir dicha utilización, estableciendo un margen de tiempo suficiente para la introducción de esta norma.»

14. A tenor del artículo 1 de la Directiva, titulado «Objeto»:

«La presente Directiva tiene por objeto la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros por lo que respecta al contenido máximo de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos, a las advertencias sanitarias y otras advertencias que deberán figurar en las unidades de envasado de los productos del tabaco, así como a determinadas medidas relativas a los ingredientes y a las denominaciones de los productos del tabaco, tomando como base un elevado nivel de protección de la salud.»

15. El artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva dispone:

«1. A partir del 1 de enero de 2004, los cigarrillos despachados a libre práctica, comercializados o fabricados en los Estados miembros no podrán tener contenidos superiores a:

- 10 mg de alquitrán por cigarrillo,
- 1 mg de nicotina por cigarrillo,

- 10 mg de monóxido de carbono por cigarrillo.

2. Como excepción a la fecha establecida en el apartado 1, los Estados miembros podrán aplicar, para los cigarrillos producidos en la Comunidad Europea pero exportados fuera de ésta, los límites en el contenido previstos en el presente artículo a partir del 1 de enero de 2005, pero en cualquier caso habrán de aplicarlos a más tardar a partir del 1 de enero de 2007.»

16. De conformidad con el artículo 4, apartado 1, de la Directiva, los contenidos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos se medirán según las normas ISO 4387, ISO 10315 e ISO 8454, respectivamente. El apartado 3 del mismo artículo autoriza a los Estados miembros a exigir a los fabricantes o importadores de tabaco que realicen cualquier otra prueba requerida por las autoridades nacionales competentes a fin de evaluar el contenido de otras sustancias producidas por sus productos, así como sus efectos sobre la salud. Conforme al apartado 4 de la mencionada disposición, los resultados de dichas pruebas se presentan a las autoridades nacionales competentes, que se encargan de su difusión, con el fin de informar a los consumidores, y, con arreglo al apartado 5, de comunicarlos a la Comisión, que debe tenerlos en cuenta a la hora de elaborar el informe a que se refiere el artículo 11 de la Directiva.

17. El artículo 5 de la Directiva establece requisitos en materia de etiquetado, que exigen que se haga constar en las unidades de envasado de los productos, de modo que cubra determinados porcentajes de superficies concretas de aquéllas, los contenidos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos, así como advertencias relativas a los riesgos para la salud asociados a los productos del tabaco, con excepción del tabaco de uso oral y de los demás productos del tabaco sin combustión. En particular, el artículo 5, apartado 6, letra e), de la Directiva prevé que el texto de las advertencias y de las indicaciones relativas al contenido deberá imprimirse en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro en cuyo mercado se comercialice el producto.

18. En virtud del artículo 6 de la Directiva, los Estados miembros reclamarán de los fabricantes e importadores de productos del tabaco una lista de todos los ingredientes utilizados en la fabricación de dichos productos, especificados por marcas y tipos individuales, así como de sus cantidades. Los Estados miembros deben difundir estos datos por todos los medios adecuados, con el fin de informar a los consumidores, y comunicarlos anualmente a la Comisión.

19. Conforme al artículo 7 de la Directiva, titulado «Descripciones del producto»:

«Con efecto a partir del 30 de septiembre de 2003, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 5, no se utilizarán en las unidades de envasado de productos del tabaco textos, nombres, marcas e imágenes u otros signos que den la impresión de que un determinado producto del tabaco es menos nocivo que otros.»

20. De conformidad con el artículo 12 de la Directiva, a más tardar el 31 de diciembre de 2004 y para el correcto funcionamiento del mercado interior, se insta a la Comisión a presentar, a partir de la información prevista en el artículo 6, una propuesta por la que se establezca una lista común de ingredientes autorizados para los productos del tabaco, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el peligro de adicción que entrañen.

21. Con arreglo al artículo 13 de la Directiva:

«1. Los Estados miembros no podrán, por razones relativas a la limitación del contenido de alquitrán, nicotina o monóxido de carbono de los cigarrillos, a las advertencias relativas a la salud y a otras indicaciones o demás exigencias impuestas por la presente Directiva, prohibir ni limitar la importación, la venta o el consumo de los productos del tabaco que se ajusten a la presente Directiva, exceptuando las medidas adoptadas a efectos de verificación de los datos contemplados en el artículo 4.

2. La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de mantener o adoptar, de conformidad con las disposiciones del Tratado, normas más estrictas por lo que respecta a la fabricación, la importación, la venta o el consumo de los productos del tabaco que consideren necesarias para garantizar la protección de la salud pública, siempre que dichas normas no vayan en perjuicio de las estipuladas en la presente Directiva.

3. En particular, los Estados miembros podrán prohibir, en espera de la elaboración de la lista común de ingredientes a que se refiere el artículo 12, la utilización de ingredientes que tengan por efecto aumentar las propiedades adictivas de los productos del tabaco.»

22. A tenor del artículo 14, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva, los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva a más tardar el 30 de septiembre de 2002 e informar inmediatamente de ello a la Comisión.

23. El artículo 15, párrafo primero, de la Directiva deroga las Directivas 89/622 y 90/239.

LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONE PREJUDICIALES.

24. Las demandantes del litigio principal son fabricantes de productos del tabaco con domicilio social en el Reino Unido. Presentaron una solicitud ante el órgano jurisdiccional remitente con el fin de que se les concediera autorización para interponer un recurso contencioso-administrativo («judicial review») contra la «intención y/o la obligación» del Gobierno del Reino Unido de adaptar el Derecho interno a la Directiva, alegando siete motivos de invalidez de esta última.

25. La High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), tras conceder la mencionada autorización, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿La Directiva 2001/37/CE es inválida, en su totalidad o en parte, debido a:

a) la inadecuación de los artículos 95 CE y/o 133 CE como base jurídica;

b) el recurso a los artículos 95 CE y 133 CE como doble base jurídica;

c) la violación del principio de proporcionalidad;

d) la vulneración del artículo 295 CE, del derecho fundamental de propiedad y/o del artículo 20 del Acuerdo ADPIC;

e) la infracción del artículo 253 CE y/o el incumplimiento de la obligación de motivación;

f) la violación del principio de subsidiariedad;

g) la desviación de poder?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿se aplica únicamente el artículo 7 de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad Europea o abarca también los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad Europea para su exportación a países terceros?»

26. Mediante resolución de 26 de febrero de 2002, la High Court admitió la intervención en el procedimiento principal de Japan Tobacco Inc. y JT International SA (en lo sucesivo, conjuntamente, «Japan Tobacco»), para permitirles presentar observaciones escritas

ante el Tribunal de Justicia acerca de la validez del artículo 7 de la Directiva.

27. Japan Tobacco Inc. es propietaria de la marca de cigarrillos Mild Seven, siendo JT International SA titular exclusiva de la correspondiente licencia. Según Japan Tobacco, en la medida en que se interprete que el artículo 7 de la Directiva se aplica a las marcas existentes, dicho artículo puede impedir que se disfrute y se haga uso, en la Comunidad, de la propiedad intelectual de la marca Mild Seven, lo que, cuando dicha disposición entre en vigor, perjudicará gravemente al valor de dicha marca en el mundo entero.

[Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial](#)

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

28. El Gobierno francés y la Comisión sostienen que la petición de decisión prejudicial no es admisible.

29. En su opinión, la inadmisibilidad se deriva del hecho de que, por un lado, la resolución de remisión se adoptara antes del 30 de septiembre de 2002, es decir, antes del plazo fijado para la adaptación del Derecho interno a la Directiva, y de que, por otro lado, la legislación nacional de adaptación a la Directiva no se había aún adoptado en el Reino Unido en la fecha en que se dictó dicha resolución. A juicio del Gobierno francés y de la Comisión, en tal caso, la naturaleza de las directivas y el sistema de control jurisdiccional de la legalidad de los actos comunitarios impiden que puedan plantearse válidamente ante el Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la validez e interpretación de una directiva.

30. A este respecto, el Gobierno francés y la Comisión alegan, por un lado, que, tal como el Tribunal de Justicia ha declarado, los particulares sólo pueden invocar una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales cuando haya vencido el plazo fijado para adaptar a ésta el Derecho nacional, sin que las disposiciones de tal directiva puedan conferir a los particulares antes de dicha fecha derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deban salvaguardar (sentencia de 3 de marzo de 1994, Vaneetveld, C-316/93, Rec. p. I-763, apartados 16 y 19).

31. Por otro lado, estiman que permitir a un particular impugnar la validez de una directiva en un litigio sustanciado ante un órgano jurisdiccional nacional antes de que finalice el plazo previsto para la adaptación del Derecho nacional a dicha directiva, sin que se hayan adoptado en este Derecho tales medidas de adaptación, puede constituir una forma de eludir lo dispuesto en el artículo 230 CE, contraria al sistema de recursos previsto por el Tratado.

Apreciación del Tribunal de Justicia

32. Conforme al artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, con independencia de que sean directamente aplicables o no (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de mayo de 1976, *Mazzalai*, 111/75, Rec. p. 657, apartado 7, y de 10 de julio de 1997, *Maso y otros*, C-373/95, Rec. p. I-4051, apartado 28).

33. Por consiguiente, una directiva que prevea un plazo para la adaptación del Derecho interno que no haya aún expirado constituye un acto contemplado en el artículo 234 CE, de tal modo que puede presentarse válidamente una petición de decisión prejudicial sobre dicha directiva ante el Tribunal de Justicia, siempre que la petición cumpla los criterios de admisibilidad impuestos en su jurisprudencia.

34. En este sentido, ha de recordarse que, cuando ante un órgano jurisdiccional nacional se suscita una cuestión sobre la validez de un acto adoptado por las instituciones de la Comunidad, corresponde a dicho órgano jurisdiccional determinar si es necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo y, por consiguiente, solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre dicha cuestión. De este modo, cuando las preguntas planteadas por el juez nacional versan sobre la validez de una disposición de Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, en principio, tiene la obligación de pronunciarse (sentencia de 11 de noviembre de 1997, *Eurotunnel y otros*, C-408/95, Rec. p. I-6315, apartado 19).

35. No obstante, el Tribunal de Justicia ha estimado que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitadas por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o cuando el problema es de naturaleza hipotética (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 13 de junio de 2002, *Sea-Land Service y Nedlloyd Lijnen*, asuntos acumulados C-430/99 y C-431/99, Rec. p. I-5235, apartado 46).

36. En lo que atañe, en primer lugar, a la realidad del litigio principal, procede destacar que, tal como se desprende de la resolución de remisión, las demandantes del procedimiento principal, en virtud de la autorización concedida a este respecto por la High Court, podían interponer un recurso contencioso-administrativo contra la «intención y/o la obligación» del Gobierno del Reino Unido de adaptar el Derecho interno a la Directiva, aun cuando, en la fecha en que se interpuso dicho recurso, no había aún expirado el plazo previsto para

tal adaptación, sin que el mencionado Gobierno hubiera adoptado ninguna medida nacional en este sentido. Además, las demandantes del procedimiento principal y el Secretary of State for Health discrepan acerca de si el mencionado recurso está o no fundado.

37. Por lo que respecta, a continuación, a la pertinencia de las cuestiones planteadas para la resolución del litigio principal, debe señalarse primero que la eventual invalidez de la Directiva puede efectivamente influir en dicha resolución. En efecto, las demandantes del procedimiento principal sostienen que, para que el Gobierno del Reino Unido pueda adaptar el Derecho interno a una directiva mediante «regulations», adoptadas sobre la base del artículo 2, apartado 2, de la European Communities Act 1972, es necesario que dicha directiva sea válida, de tal modo que la invalidez de ésta impide que la mencionada adaptación se efectúe mediante «regulations» adoptadas conforme a tal normativa. En segundo lugar, debe declararse que la interpretación de las disposiciones de la Directiva puede influir también en la resolución del litigio principal.

38. En consecuencia, no resulta manifiesto que la apreciación de la validez de la Directiva o su interpretación, solicitadas por el órgano jurisdiccional remitente, no guarden relación alguna con la realidad o el objeto del litigio principal ni que versen sobre un problema de naturaleza hipotética.

39. En lo que atañe al argumento de que declarar admisible la petición de decisión prejudicial sobre la apreciación de validez en un caso como el discutido en el procedimiento principal puede constituir una forma de eludir las disposiciones del artículo 230 CE, procede destacar que, en el sistema completo de recursos y procedimientos establecido por el Tratado CE para garantizar el control de la legalidad de los actos de las instituciones, las personas físicas o jurídicas que, debido a los requisitos de admisibilidad previstos en el párrafo cuarto del mencionado artículo, no puedan impugnar directamente actos comunitarios de alcance general, tienen la posibilidad, según los casos, de invocar la invalidez de tales actos bien de manera incidental ante el juez comunitario, en virtud del artículo 241 CE, bien ante los órganos jurisdiccionales nacionales, e instar a estos órganos, que no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de tales actos, a que soliciten un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre este extremo por medio de la cuestión prejudicial (sentencia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, C-50/00 P, Rec. p. I-0000, apartado 40).

40. Ha de precisarse que la posibilidad de que los particulares aleguen ante los órganos jurisdiccionales nacionales la invalidez de un acto comunitario de alcance general no está sujeta al requisito de que se hayan ya adoptado efectivamente en el Derecho nacional medidas para la aplicación de dicho acto. A este respecto, basta con que el

órgano jurisdiccional nacional conozca de un litigio real en el que se plantee, con carácter incidental, la cuestión de la validez de tal acto. Pues bien, este requisito se cumple en el litigio principal, como se desprende de los apartados 36 y 37 de la presente sentencia.

41. De las anteriores consideraciones se desprende que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente son admisibles.

Sobre la primera cuestión

Sobre la letra a) de la primera cuestión

42. Mediante la letra a) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, por no constituir los artículos 95 CE y/o 133 CE una base jurídica apropiada.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

43. Las demandantes del litigio principal sostienen que, conforme al artículo 152 CE, apartado 4, letra c), la Comunidad no es competente para armonizar las normas nacionales en materia de salud pública en cuanto tales y sólo lo es para adoptar una medida de armonización con arreglo al artículo 95 CE si tal medida tiene efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior y contribuye de hecho a eliminar obstáculos a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios, así como a suprimir distorsiones de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo, C-376/98, Rec. p. I-8419, en particular apartados 84 y 95; en lo sucesivo, «sentencia sobre la publicidad del tabaco»). Pues bien, las demandantes del litigio principal alegan que en el presente caso, en contra de lo que indican sus considerandos, la Directiva no tiene por objeto garantizar la libre circulación de los productos del tabaco, sino que pretende en realidad garantizar la protección de la salud pública.

44. Las demandantes del litigio principal alegan también que, dado que la Directiva 90/239 estableció un régimen completamente armonizado con respecto al contenido de alquitrán de los cigarrillos, no es posible adoptar una nueva normativa que persiga objetivos referentes a la realización del mercado interior con el fin de reducir los contenidos de alquitrán ya especificados. Aun cuando se admitiera que el legislador comunitario puede legislar de nuevo, en atención a razones sanitarias, en un ámbito que ya ha sido armonizado por consideraciones relativas al mercado interior, tal legislación debería por lo menos justificarse por cualquier novedad basada en hechos científicos.

45. Asimismo, a juicio de las demandantes del litigio principal, el artículo 133 CE tampoco puede constituir una base jurídica adecuada para la Directiva, en la medida en que las disposiciones de su artículo 3, que imponen requisitos para la fabricación de cigarrillos en la Comunidad, no tienen por objeto establecer una política comercial común por lo que respecta al régimen de exportación de tales productos, dado que los mencionados requisitos de fabricación no se refieren específicamente al comercio internacional y afectan en igual medida al comercio intracomunitario.

46. Según Japan Tobacco, los artículos 95 CE o 133 CE no pueden servir de base jurídica para el artículo 7 de la Directiva, puesto que nada prueba que, de no haberse adoptado este último artículo, hubieran podido generarse obstáculos al comercio o distorsiones de la competencia.

47. El Gobierno alemán subraya que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva impone no sólo una prohibición de comercialización de los cigarrillos que no respeten los contenidos máximos previstos en dicha disposición, sino también una prohibición de fabricación. El apartado 2 de dicho artículo prevé regímenes diferentes en función de si los cigarrillos se fabrican para su comercialización en el interior de la Comunidad o para la exportación a países terceros. A juicio de dicho Gobierno, la prohibición de fabricación establecida en el artículo 3 de la Directiva tiene, en las relaciones con estos últimos, la naturaleza de una prohibición de exportación.

48. Por otro lado, según el Gobierno alemán, de la última frase del undécimo considerando de la Directiva se desprende que la prohibición de exportar a países terceros cigarrillos cuyo contenido de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono no cumpla las exigencias de la Directiva pretende evitar que tales productos puedan comercializarse en la Comunidad tras ser reimportados ilegalmente, lo que afectaría a las disposiciones relativas al mercado interior.

49. Ahora bien, en opinión de dicho Gobierno, la prohibición de exportación de que se trata no puede contribuir efectivamente al buen funcionamiento del mercado interior dado que, según le consta, los cigarrillos importados ilegalmente en la Comunidad se fabrican, en cualquier caso, casi exclusivamente en países terceros y no en la Comunidad.

50. Además, el Gobierno alemán sostiene que la importación ilegal de cigarrillos constituye ante todo un fraude a los derechos de aduanas y a los tributos que gravan los productos del tabaco que debería combatirse mediante un control más eficaz en las fronteras de la Comunidad.

51. A juicio del Gobierno alemán, el artículo 133 CE tampoco puede constituir una base jurídica adecuada para la prohibición de exportación de que se trata, puesto que el ámbito de aplicación de esta disposición se limita a las medidas que tengan por objeto principal influir en el volumen de intercambios o en los flujos comerciales con los países terceros, lo que no sucede en el presente caso, dado que la prohibición de exportación sólo contempla las reimportaciones ilegales en la Comunidad con el fin de proteger la salud de los ciudadanos comunitarios.

52. El Gobierno helénico sostiene que los artículos 3 y 7 de la Directiva, en la medida en que se aplican a productos fabricados o empaquetados en la Comunidad, pero destinados a ser consumidos fuera de ella, no tienen por objeto favorecer la circulación de los productos del tabaco en el mercado interior ni evitar que se eludan las normas aplicables a este respecto en la Comunidad, de tal modo que no pueden basarse en el artículo 95 CE.

53. Por otro lado, según el Gobierno helénico, el artículo 133 CE tampoco puede proporcionar una base jurídica adecuada a las disposiciones controvertidas de la Directiva, puesto que éstas repercuten negativamente en las exportaciones de productos comunitarios a países terceros.

54. El Gobierno luxemburgués, por una parte, alega que la Directiva, al contemplar productos comercializados en mercados situados fuera de la Comunidad, no puede basarse ni en el artículo 95 CE ni en el artículo 133 CE y, por otra parte, sostiene, de modo más general, que el auténtico objeto de la Directiva es exclusivamente la protección de la salud pública, materia que el artículo 152 CE excluye de la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

55. El Gobierno luxemburgués alega, en particular, que la aplicación del artículo 3 de la Directiva a los productos del tabaco destinados a su exportación a países terceros se basa en la idea de que los productos que no se ajusten a lo dispuesto en la Directiva podrían reimportarse fraudulentamente en la Comunidad. Ahora bien, según este Gobierno, se trata de una mera hipótesis, que se ve desmentida por los hechos. En efecto, a su juicio, la mayor parte de los cigarrillos importados ilegalmente en la Comunidad se fabrica en países terceros. Además, una medida que no se refiere concretamente a los intercambios internacionales y que afecta en igual medida, si no más, al comercio interno no puede basarse en el artículo 133 CE.

56. Los Gobiernos del Reino Unido, belga, francés, irlandés, italiano, neerlandés y sueco, así como el Parlamento, el Consejo y la Comisión, sostienen que los artículos 95 CE y 133 CE constituyen la base jurídica adecuada de la Directiva. Por lo que respecta al recurso

al artículo 95 CE, alegan, en particular, que la Directiva tiene efectivamente por objeto mejorar las condiciones de funcionamiento del mercado interior en el sector de los productos del tabaco y que, conforme al artículo 95 CE, apartado 3, pretende alcanzar, en el marco de la armonización que lleva a cabo, el objetivo de un nivel elevado de protección de la salud pública. Por lo que respecta al uso del artículo 133 CE como segunda base jurídica de la Directiva, el Parlamento y el Consejo, en particular, consideran que se encuentra justificado por el hecho de que el artículo 3 de la Directiva, que prohíbe la fabricación en la Comunidad, para ser exportados a países terceros, de cigarrillos que no cumplan las exigencias de dicha disposición, persigue simultáneamente un objetivo de protección del mercado interior contra las reimportaciones en la Comunidad de cigarrillos que no se ajusten a dichas exigencias y un objetivo de regulación de las exportaciones hacia tales países, vinculado a la aplicación de la política comercial común.

57. El Gobierno finlandés sostiene que el artículo 95 CE constituye la base jurídica adecuada de la Directiva, sin que sea necesario recurrir al artículo 133 CE como segunda base jurídica. Alega a este respecto que el objetivo esencial de la Directiva es aproximar las legislaciones nacionales con el fin de establecer el mercado interior en el sector de los productos del tabaco. La protección de la salud pública y la regulación de los intercambios con países terceros no pasan de ser objetivos accesorios con respecto a dicho objetivo esencial.

Apreciación del Tribunal de Justicia

58. En el presente asunto debe examinarse si el artículo 95 CE constituye una base jurídica adecuada para la Directiva y, de ser así, determinar si en este caso es necesario o posible recurrir al artículo 133 CE como segunda base jurídica.

59. A este respecto, procede recordar, con carácter preliminar, la jurisprudencia sentada acerca del artículo 100 A, apartado 1, del Tratado.

60. En primer lugar, ha de señalarse que, como se desprende de los apartados 83, 84 y 95 e la sentencia sobre la publicidad del tabaco, las medidas contempladas en tal disposición están destinadas a mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior y deben tener efectivamente dicho objeto, contribuyendo a eliminar obstáculos a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios, así como a suprimir distorsiones de la competencia.

61. Debe asimismo recordarse que, como se desprende de la mencionada jurisprudencia, es posible recurrir al artículo 95 CE como base jurídica para evitar la aparición de futuros obstáculos a los

intercambios comerciales derivados de la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales, siempre que la aparición de tales obstáculos sea probable y que la medida de que se trate tenga por objeto su prevención (véanse, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 1995, España/Consejo, C-350/92, Rec. p. I-1985, apartado 35, y las sentencias sobre la publicidad del tabaco, apartado 86, y de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Parlamento y Consejo, C-377/98, Rec. p. I-7079, apartado 15).

62. Por último, si se cumplen los requisitos para recurrir al artículo 95 CE como base jurídica, no puede impedirse al legislador comunitario que se funde en esta base jurídica por el hecho de que la protección de la salud pública sea determinante en las decisiones que deben tomarse (véase, en este sentido, la sentencia sobre la publicidad del tabaco, apartado 88). Además, el artículo 152 CE, apartado 1, párrafo primero, prevé que, al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad, ha de garantizarse un alto nivel de protección de la salud humana, al tiempo que el artículo 95 CE, apartado 3, exige de forma expresa que, en la armonización realizada, se garantice un nivel de protección elevado de la salud humana.

63. Procede verificar, a la luz de estos principios, si la Directiva cumple los requisitos que permiten utilizar el artículo 95 CE como base jurídica.

64. Con carácter preliminar, deben exponerse las siguientes consideraciones. Por un lado, como ha destacado el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, en la Comunidad el mercado de los productos del tabaco, en particular el de los cigarrillos, es un mercado en el que los intercambios entre Estados miembros ocupan un lugar relativamente importante. Por otro lado, las normas nacionales reguladoras de los requisitos que deben cumplir los productos, como los referentes a su denominación, composición y etiquetado, pueden por definición obstaculizar la libre circulación de mercancías, a falta de armonización en el ámbito comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard, asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097, apartado 15).

65. Ahora bien, procede señalar que, pese a que ya se han adoptado medidas comunitarias de armonización, a saber, la Directiva 89/622, por lo que respecta al etiquetado de los productos del tabaco, y la Directiva 90/239, en lo que atañe al contenido máximo de alquitrán de los cigarrillos, ya habían surgido en el momento de adopción de la Directiva, o era probable que surgieran, divergencias entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, que podían obstaculizar los intercambios.

66. En efecto, por un lado, algunas disposiciones de las medidas comunitarias de armonización ya adoptadas contenían únicamente prescripciones mínimas, dejando a los Estados miembros cierta facultad de apreciación para proceder a su adaptación (véanse, a este respecto, las sentencias de 22 de junio de 1993, Philip Morris Belgium y otros, C-222/91, Rec. p. I-3469, apartados 11 y 17, y Gallaher y otros, C-11/92, Rec. p. I-3545, apartados 14 y 20). Por otro lado, las Directivas 89/622 y 90/239 contemplan sólo algunos aspectos de los requisitos de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, dejando libertad a los Estados miembros para adoptar normas nacionales sobre aquellos aspectos no cubiertos por dichas Directivas.

67. En este contexto, habida cuenta de la concienciación creciente del público acerca de la nocividad que presenta el consumo de productos del tabaco para la salud, es razonable pensar que puede obstaculizarse la libre circulación de dichos productos como consecuencia de la adopción por los Estados miembros de nuevas normas que reflejen esta evolución y que se destinen bien a desincentivar más eficazmente el consumo de tales productos, mediante la colocación de indicaciones o advertencias en el embalaje, bien a reducir los efectos nocivos de los productos del tabaco a través de la adopción de nuevas normas sobre su composición.

68. Este análisis se ve confirmado por las indicaciones contenidas en los considerandos de la Directiva y por las observaciones presentadas en el procedimiento.

69. Así, del séptimo considerando de la Directiva se desprende que varios Estados miembros pretendían adoptar medidas para establecer los contenidos máximos de monóxido de carbono de los cigarrillos si dichas medidas no se adoptaban a nivel comunitario.

70. Asimismo, del noveno considerando de la Directiva se desprende que habían surgido divergencias entre las normativas de los Estados miembros en materia de limitación del contenido máximo de nicotina de los cigarrillos. Conforme a las observaciones presentadas en el procedimiento, tres Estados miembros habían ya introducido tales límites y otros pensaban hacerlo. Si bien dichos límites, habida cuenta de los niveles en que se habían fijado y de la relación bioquímica existente entre el alquitrán y la nicotina, no obstaculizaban, en la práctica, la comercialización de los cigarrillos que se ajustaran a las exigencias relativas al contenido máximo de alquitrán permitido por el Derecho comunitario, el hecho de que algunos Estados miembros fijaran contenidos máximos específicos para la nicotina creaba el riesgo de que la posterior reducción de tales contenidos implicara la aparición de trabas a los intercambios.

71. Además, el decimotercer considerando de la Directiva menciona la existencia de negociaciones destinadas a la elaboración de un convenio marco de la Organización Mundial de la Salud sobre la lucha antitabáquica, que prevén la adopción de normas aplicables a escala internacional para los productos del tabaco.

72. Por su parte, los considerandos decimonoveno y vigésimo segundo de la Directiva hacen constar la divergencia en las legislaciones de los Estados miembros en lo que atañe, por un lado, a la presentación de las advertencias y de los contenidos de sustancias nocivas así como, por otro lado, a los ingredientes y aditivos utilizados en la fabricación de los productos del tabaco.

73. Por último, de la fase escrita se desprende que un Estado miembro había adoptado disposiciones reguladoras del uso de algunos de los términos descriptivos mencionados en el vigésimo séptimo considerado de la Directiva y contemplados en el artículo 7 de ésta.

74. Procede añadir que, a diferencia de la directiva controvertida en el asunto en el que recayó la sentencia sobre la publicidad del tabaco, la Directiva incluye, en su artículo 13, apartado 1, una disposición que garantiza la libre circulación de los productos que cumplan sus exigencias. Esta disposición, al prohibir a los Estados miembros oponerse, por razones relativas a los aspectos que armoniza, a la importación, a la venta y al consumo de los productos del tabaco que se ajusten a la Directiva, confiere a ésta plenos efectos en relación con su objetivo de mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior.

75. De todo lo que antecede se desprende que la Directiva tiene efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior y que, en consecuencia, podía adoptarse al amparo del artículo 95 CE, sin que pueda obstar a tal conclusión el hecho de que la protección de la salud pública fuera determinante en las opciones efectuadas al adoptarse las medidas de armonización que dicha Directiva establece.

76. Esta conclusión no se ve desvirtuada por el argumento basado en que, al haber establecido la Directiva 90/239 un régimen completamente armonizado aplicable al contenido de alquitrán, el legislador no podía intervenir de nuevo para regular esta cuestión sobre la base del artículo 95 CE o, en cualquier caso, sólo podía hacerlo basándose en nuevos hechos científicos.

77. En efecto, al haber regulado exhaustivamente el legislador comunitario la cuestión del contenido máximo de alquitrán de los cigarrillos en la Directiva 90/239, los Estados miembros habían dejado de ser competentes para adoptar individualmente normas relativas a dicha cuestión. Ahora bien, tal como ha destacado el Abogado

General en el punto 124 de sus conclusiones, el legislador comunitario sólo puede, en una situación semejante, cumplir correctamente su tarea de velar por que se protejan los intereses generales reconocidos por el Tratado, como la salud pública, si se le permite adaptar la legislación comunitaria pertinente a raíz de cualquier modificación de las circunstancias o de cualquier evolución de los conocimientos científicos.

78. De lo anterior se deriva que, aun cuando una disposición comunitaria garantice la supresión de cualesquiera obstáculos a los intercambios en el ámbito que armoniza, esta circunstancia no puede privar al legislador comunitario de la posibilidad de adaptar tal disposición en atención a otras consideraciones.

79. Por lo que respecta, en particular, a la protección de la salud pública, del artículo 95 CE, apartado 3, se desprende que el legislador comunitario debe garantizar un elevado nivel de protección en la armonización realizada, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos.

80. Por lo demás, la evolución de los conocimientos científicos no es el único motivo que permite al legislador comunitario optar por la adaptación de la legislación comunitaria, puesto que, en el ejercicio de la facultad discrecional de que dispone en la materia, también puede tener en cuenta otras consideraciones, como la importancia creciente que se concede en el ámbito político y social a la lucha contra el consumo de tabaco.

81. La conclusión de que el artículo 95 CE constituye una base jurídica adecuada para la adopción de la Directiva tampoco se ve cuestionada por el argumento basado en que la prohibición de que se fabriquen en la Comunidad, para su exportación a países terceros, cigarrillos que no se ajusten a las exigencias del artículo 3, apartado 1, de la Directiva no contribuye efectivamente a la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior.

82. En efecto, si bien es cierto que la prohibición de fabricación de que se trata no constituye una disposición que tenga directamente por objeto la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior, no lo es menos que un acto adoptado sobre la base del artículo 95 CE puede incorporar una disposición de este tipo, siempre que pretenda evitar que se eludan ciertas prohibiciones que persigan dicho objeto y se prevean para el mercado interior (véase, en este sentido, la sentencia sobre la publicidad del tabaco, apartado 100).

83. A este respecto, procede destacar que el Tribunal de Justicia ha admitido que los riesgos de reimportación ilícita o de desviaciones del tráfico comercial que puedan comprometer la eficacia de una medida comunitaria adoptada en el ámbito de la política agrícola común

justifican que se prohíban las exportaciones a países terceros (sentencia de 5 de mayo de 1998, Reino Unido/Comisión, C-180/96, Rec. p. I-2265, apartados 62 y 109).

84. En el presente caso, se desprende del undécimo considerando de la Directiva, relativo a la incidencia de ésta en los productos del tabaco exportados desde la Comunidad, que las normas que dicha Directiva contiene a este respecto se adoptaron con el fin de velar por que las disposiciones sobre el mercado interior que contiene no se vean afectadas.

85. De las observaciones presentadas en el procedimiento se desprende que el legislador comunitario pretendía en el presente caso evitar que las disposiciones relativas al mercado interior en el sector de los productos del tabaco se vieran afectadas por las reimportaciones ilícitas o por las desviaciones del tráfico comercial en la Comunidad de productos que no cumplen los requisitos que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva prevé en cuanto a los contenidos máximos de ciertas sustancias en los cigarrillos.

86. Es cierto que los datos proporcionados por las partes del litigio principal, los Estados miembros y las instituciones que han presentado observaciones en este procedimiento, mencionados en el punto 64 de las conclusiones del Abogado General, no permiten evaluar con exactitud el alcance del comercio ilícito de cigarrillos producidos en la Comunidad y comercializados ilegalmente en su mercado, tras haber sido reimportados de países terceros o directamente comercializados en el mercado comunitario pese a estar destinados a la exportación a dichos países. Es igualmente cierto que, como sostiene el Gobierno alemán, el origen del comercio ilegal de cigarrillos radica principalmente en los beneficios que se obtienen al sustraer dichas mercancías de los gravámenes fiscales y aduaneros a que normalmente se encontrarían sujetas, sin que la elusión de las disposiciones relativas a la composición de los cigarrillos sea determinante en la materia.

87. Sin embargo, no puede negarse que el mercado de los cigarrillos es particularmente propicio al desarrollo de un comercio ilegal y que si se autorizara la fabricación en la Comunidad de cigarrillos que no pueden despacharse a libre práctica ni comercializarse legalmente en ella, se aumentaría el riesgo de fraude.

88. Además, el riesgo de que la eficacia de las medidas contempladas en la Directiva se vea afectada no debe únicamente apreciarse en relación con la situación anterior a la adopción de ésta, sino también teniendo en cuenta los efectos previsibles de sus disposiciones en la naturaleza y alcance del comercio ilegal de cigarrillos.

89. A este respecto, es razonable pensar que la reducción del contenido máximo admisible de alquitrán por cigarrillo y la fijación de contenidos máximos de nicotina y monóxido de carbono, al privar a los consumidores de la posibilidad de obtener legalmente productos que no respeten dichos contenidos máximos y que estaban acostumbrados a consumir antes de que se introdujeran estas nuevas exigencias, puede incitarles a obtener ilegalmente tales productos.

90. En estas circunstancias, puede considerarse que la prohibición de fabricación establecida en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva constituye una medida destinada a evitar que se eludan las prohibiciones, también establecidas en dicha disposición, de despachar a libre práctica y comercializar en los Estados miembros cigarrillos que no se ajusten a las exigencias impuestas en la mencionada norma.

91. De lo que antecede se desprende que la Directiva podía también adoptarse sobre la base del artículo 95 CE en la medida en que prohíbe la fabricación en la Comunidad, para su exportación a países terceros, de cigarrillos que no se ajusten a las exigencias del artículo 3, apartado 1, de la Directiva.

92. Por lo que respecta a la cuestión de si el recurso al artículo 133 CE como segunda base jurídica de la Directiva era necesario o posible en el presente caso, deben efectuarse las siguientes observaciones.

93. Con carácter preliminar, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, en el marco del sistema de competencias de la Comunidad, la elección de la base jurídica de un acto debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. Entre dichos elementos figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto (véanse, en particular, las sentencias de 4 de abril de 2000, Comisión/Consejo, C-269/97, Rec. p. I-2257, apartado 43, y de 30 de enero de 2001, España/Consejo, C-36/98, Rec. p. I-779, apartado 58).

94. Si el examen de un acto comunitario muestra que éste persigue un doble objetivo o que tiene un componente doble y si uno de ellos puede calificarse de principal o preponderante, mientras que el otro sólo es accesorio, dicho acto debe fundarse en una sola base jurídica, a saber, aquella que exige el objetivo o componente principal o preponderante (véanse, en particular, las sentencias de 23 de febrero de 1999, Parlamento/Consejo, C-42/97, Rec. p. I-869, apartados 39 y 40, y de 30 de enero de 2001, España/Consejo, antes citada, apartado 59). Con carácter excepcional, si queda demostrado que el acto persigue al mismo tiempo varios objetivos, vinculados entre sí de modo indisoluble, sin que uno de ellos sea secundario e indirecto en relación con el otro, tal acto podrá fundarse en las distintas bases

jurídicas correspondientes (dictamen 2/00, de 6 de diciembre de 2001, Rec. p. I-9713, apartado 23).

95. A la luz de los principios recordados en los dos apartados anteriores y habida cuenta de la conclusión que figura en el apartado 91 de la presente sentencia, procede declarar que la Directiva no podía tener simultáneamente por base jurídica los artículos 95 CE y 133 CE.

96. En efecto, sin que sea necesario examinar si, con sus disposiciones relativas a los productos del tabaco exportados a países terceros, la Directiva persigue también un objetivo vinculado a la ejecución de la política comercial común prevista en el artículo 133 CE, debe declararse que, en cualquier caso, dicho objetivo sólo podría presentar, en atención al objeto y contenido de la Directiva en su conjunto, un carácter secundario con respecto al objetivo principal perseguido por aquélla, que consiste en la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior.

97. De todo lo que precede se desprende que el artículo 95 CE constituye la única base jurídica adecuada de la Directiva, de modo que dicha Directiva menciona también el artículo 133 CE como base jurídica de modo erróneo.

98. Sin embargo, esta referencia errónea al artículo 133 CE como segunda base jurídica de la Directiva no implica por sí misma la invalidez de ésta. Un error de este tipo en los vistos de un acto comunitario constituye un vicio meramente formal, salvo si, como consecuencia de dicho error, el procedimiento aplicable para la adopción de dicho acto incurre en irregularidad (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Comisión/Consejo, 165/87, Rec. p. 5545, apartado 19), aspecto este que, en el caso de la Directiva, es objeto de la letra b) de la primera cuestión, examinada en los apartados 100 a 111 de la presente sentencia.

99. De las anteriores consideraciones relativas a la letra a) de la primera cuestión se deriva que la Directiva no es inválida por carecer de base jurídica adecuada.

Sobre la letra b) de la primera cuestión

100. Mediante la letra b) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita en esencia que se dilucide si el recurso a la doble base jurídica de los artículos 95 CE y 133 CE ha viciado el procedimiento de adopción de la Directiva, por haberse seguido dos procedimientos legislativos incompatibles entre sí, y si la Directiva es inválida por tal motivo.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

101. Las demandantes del litigio principal sostienen que los procedimientos legislativos que la Comunidad debe seguir al adoptar un acto sobre la base de los artículos 95 CE y 133 CE, respectivamente, son diferentes e incompatibles entre sí, de modo que el recurso a esta doble base jurídica no está permitido (véase, en particular, la sentencia de 11 de junio de 1991, Comisión/Consejo, denominada «Dióxido de titanio», C-300/89, Rec. p. I-2867, apartados 17 a 21). En efecto, afirman que el artículo 95 CE obliga al Consejo a actuar conjuntamente con el Parlamento en el procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 CE, mientras que el artículo 133 CE establece un procedimiento en el que la intervención del Parlamento no está prevista y el Consejo se pronuncia por mayoría cualificada. A juicio de las demandantes del litigio principal, la aplicación del procedimiento de codecisión para adoptar una medida relativa a la política comercial común, cuando el artículo 133 CE ni siquiera prevé la consulta al Parlamento, es contraria a la distribución de competencias entre instituciones perseguida por el Tratado.

102. Los Gobiernos del Reino Unido, francés, italiano, neerlandés, finlandés y sueco, así como el Parlamento, el Consejo y la Comisión, sostienen que los artículos 95 CE y 133 CE no constituyen bases jurídicas incompatibles entre sí. Alegan esencialmente que si bien ambos artículos del Tratado suponen la aplicación de procedimientos legislativos diferentes, dichos procedimientos, a diferencia de los controvertidos en el asunto en el que recayó la sentencia Dióxido de titanio, antes citada, no son incompatibles entre sí, puesto que pueden acumularse sin que se modifique el alcance de la intervención del Parlamento en el procedimiento legislativo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

103. Con carácter preliminar, procede recordar que, tal como se declara en el apartado 97 de la presente sentencia, el artículo 95 CE constituye la única base jurídica adecuada de la Directiva. En consecuencia, para responder a la letra b) de la primera cuestión, ha de determinarse si el procedimiento legislativo que se siguió efectivamente para la adopción de la Directiva, sobre la base de los artículos 95 CE y 133 CE, cumplía los requisitos del procedimiento legislativo aplicable para la adopción de un acto comunitario basado únicamente en el artículo 95 CE.

104. El artículo 95 CE, apartado 1, prevé que las medidas basadas en sus disposiciones han de adoptarse con arreglo al procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 CE y previa consulta del Comité Económico y Social.

105. Ahora bien, ha quedado acreditado que, en el presente caso, se siguió dicho procedimiento cuando se adoptó la Directiva.

106. Por otro lado, el hecho de que se añadiera el artículo 133 CE al artículo 95 CE como segunda base jurídica de la Directiva no ha menoscabado la esencia del procedimiento de codecisión seguido en el presente caso.

107. En efecto, el artículo 133 CE, apartado 4, prevé que, en el ejercicio de las atribuciones que le confiere dicho artículo, el Consejo decidirá por mayoría cualificada.

108. Por lo tanto, el hecho de que se siguiera el procedimiento previsto para la adopción de actos conforme a esta segunda base jurídica no impuso al Consejo la obligación de pronunciarse en cualquier caso por unanimidad, siendo necesario recordar que, en el procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 CE, el Consejo ha de pronunciarse en principio por mayoría cualificada, salvo si desea aprobar enmiendas a su posición común propuestas por el Parlamento que hayan sido objeto de un dictamen negativo de la Comisión, caso en que debe pronunciarse por unanimidad.

109. En estas circunstancias, a diferencia de la situación de que se trataba en el asunto en el que recayó la sentencia Dióxido de titanio, antes citada, el elemento esencial del procedimiento legislativo que distingue entre los casos en que el Consejo se pronuncia por mayoría cualificada y los casos en que se pronuncia por unanimidad no se ve comprometido en modo alguno en el presente caso por el hecho de que la Directiva se refiera simultáneamente a las dos bases jurídicas mencionadas.

110. El argumento basado en que la aplicación del procedimiento de codecisión para la adopción de una medida relativa a la política comercial común es contraria a la distribución de competencias entre instituciones perseguida por el Tratado carece, en cualquier caso, de pertinencia en este asunto, ya que, como se deriva del apartado 97 de la presente sentencia, la Directiva no constituye un acto que deba adoptarse sobre la base del artículo 133 CE.

111. De las anteriores consideraciones relativas a la letra b) de la primera cuestión se deriva que el recurso a la doble base jurídica de los artículos 95 CE y 133 CE no ha viciado el procedimiento de adopción de la Directiva, de modo que ésta no es inválida por tal motivo.

[Sobre la letra c\) de la primera cuestión](#)

112. Mediante la letra c) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, debido a la violación del principio de proporcionalidad.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

113. Las demandantes del litigio principal alegan que la Directiva, aun cuando se admitiera que puede efectivamente tener por objeto la realización del mercado interior o el establecimiento de una política comercial común, intenta alcanzar tales objetivos de una manera desproporcionada, circunstancia especialmente evidente en el caso de sus artículos 5 y 7, así como de su aplicación a los cigarrillos destinados a la exportación a países terceros.

114. En particular, sostienen que, en lo que atañe al artículo 7 de la Directiva, la prohibición de términos descriptivos que se refieran a contenidos de sustancias menos nocivas no es coherente con el objetivo declarado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, que pretende reducir más aún el contenido de alquitrán por razones de salud pública. Asimismo, alegan que el mencionado artículo 7 vulnera sus derechos más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo que afirma perseguir. A este respecto, la legislación española en la materia, que prevé únicamente disposiciones reguladoras del uso de términos descriptivos, constituye un buen ejemplo de normativa que vulnera en menor medida los derechos de los fabricantes de productos del tabaco, sin dejar de proteger la salud pública.

115. Las demandantes del litigio principal alegan también que la prohibición de fabricar, para su exportación a países terceros, cigarrillos que no se ajusten a las prescripciones del artículo 3, apartado 1, de la Directiva no constituye un método adecuado para evitar que se eludan los nuevos límites establecidos en dicha disposición, puesto que la inmensa mayoría de los cigarrillos importados ilegalmente en la Comunidad se fabrica fuera de ella.

116. Según Japan Tobacco, en la medida en que se aplica a las marcas existentes, el artículo 7 de la Directiva viola el principio de proporcionalidad. A este respecto, se afirma que dicha disposición no constituye el medio menos restrictivo para alcanzar los objetivos de la Directiva. En efecto, la mencionada norma, en relación con el vigésimo séptimo considerando de la Directiva, parte de la base de que los consumidores ignoran que los contenidos de alquitrán y nicotina que inhalan pueden verse influidos por su comportamiento como fumadores; en consecuencia, basta con que se haga constar en el embalaje un mensaje en este sentido, sin que sea necesario prohibir la utilización de términos descriptivos. Además, la Directiva podría haber previsto una cláusula relativa a los derechos adquiridos, para que no se aplicara su artículo 7 a las marcas ya registradas, como Mild Seven.

117. Los Gobiernos alemán, helénico y luxemburgués alegan que la prohibición de fabricación con destino a la exportación, prevista en el artículo 3 de la Directiva, y la prohibición de utilizar ciertos términos descriptivos, establecida en el artículo 7 de aquélla, vulneran el principio de proporcionalidad en la medida en que son inadecuadas y

perjudican excesivamente los intereses económicos de los fabricantes de productos del tabaco. Por lo que respecta al mencionado artículo 3, sostienen, en particular, que no permite garantizar una protección efectiva contra el riesgo de importaciones ilegales de cigarrillos en la Comunidad, habida cuenta del volumen insignificante de reimportaciones de cigarrillos en ésta, y que dicho riesgo podría evitarse más eficazmente si se reforzaran los controles de las importaciones. En lo que atañe al artículo 7 de la Directiva, los mencionados Gobiernos alegan, en particular, que, a diferencia de la prohibición absoluta de utilizar términos descriptivos establecida en dicha disposición, una normativa reguladora de su uso, como la prevista en la legislación española, basada en una clasificación de los productos conforme a su contenido de alquitrán y nicotina, permitiría que se informara objetivamente a los consumidores sin afectar en exceso a los intereses económicos de los fabricantes de productos del tabaco.

118. Los Gobiernos belga, francés y sueco, así como el Consejo y la Comisión, alegan que la Directiva es conforme con el principio de proporcionalidad en la medida en que sus disposiciones no van más allá de lo necesario para garantizar tanto el buen funcionamiento del mercado interior en el sector de los productos del tabaco como, al mismo tiempo, un alto nivel de protección de la salud pública.

119. Por lo que se refiere concretamente al artículo 7 de la Directiva, el Gobierno francés destaca que esta disposición no prohíbe todas las menciones o presentaciones de los cigarrillos que puedan atraer o captar a los fumadores, sino sólo aquellas que indiquen que un producto del tabaco es menos nocivo que otros.

120. El Gobierno sueco alega que, al estar asociado el consumo de productos del tabaco a graves riesgos para la salud, es particularmente importante que no se induzca a error a los consumidores acerca de los riesgos derivados de dicho consumo, al tiempo que estima difícil encontrar una alternativa a la prohibición establecida en dicho artículo 7 que alcance el mismo resultado y produzca efectos menores sobre los titulares de las marcas.

121. La Comisión afirma que el mencionado artículo 7 no es incompatible con el objetivo enunciado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, que consiste en reducir el contenido de alquitrán de los cigarrillos. En efecto, al no estar regulados los términos descriptivos a escala comunitaria, pueden utilizarse por los fabricantes de productos del tabaco para indicar otras características de los cigarrillos, como el sabor, no relacionadas con su contenido de alquitrán, circunstancia que puede inducir a error a los consumidores. La Comisión añade que, aun cuando los cigarrillos «ligeros» tengan efectivamente un contenido de alquitrán más escaso, se induce a error a numerosos fumadores al crear la falsa impresión de que se trata de productos exentos de riesgo, impresión que es engañosa, en

particular, porque el humo de los cigarrillos contiene también otros productos nocivos no regulados por la Directiva.

Apreciación del Tribunal de Justicia

122. Con carácter preliminar, debe recordarse que el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los medios que aplica una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo perseguido y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo (véanse, en particular, las sentencias de 18 de noviembre de 1987, *Maizena*, 137/85, Rec. p. 4587, apartado 15; de 7 de diciembre de 1993, *ADM Ölmühlen*, C-339/92, Rec. p. I-6473, apartado 15, y de 11 de julio de 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, C-210/00, Rec. p. I-0000, apartado 59).

123. Por lo que se refiere al control judicial de los requisitos indicados en el apartado anterior, debe reconocerse al legislador comunitario una amplia facultad discrecional en una materia como la del presente caso, en la que ha de tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y realizar apreciaciones complejas. Por consiguiente, sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en este ámbito, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido/Consejo*, C-84/94, Rec. p. I-5755, apartado 58; de 13 de mayo de 1997, *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-233/94, Rec. p. I-2405, apartados 55 y 56, y de 5 de mayo de 1998, *National Farmers' Union y otros*, C-157/96, Rec. p. I-2211, apartado 61).

124. En lo que atañe a la Directiva, de sus considerandos primero, segundo y tercero se desprende que tiene por objeto eliminar, mediante la aproximación de las normas aplicables en la materia, las trabas derivadas de las disparidades que, pese a las medidas de armonización ya adoptadas, todavía existen entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, y que obstaculizan el funcionamiento del mercado interior. Además, de su cuarto considerando se desprende que, para alcanzar este objetivo, la Directiva se basa en un nivel de protección elevado en materia de salud, conforme al artículo 95 CE, apartado 3.

125. A lo largo del procedimiento se han formulado diversos argumentos para rebatir la conformidad de la Directiva con el principio de proporcionalidad, especialmente por lo que respecta a sus artículos 3, 5 y 7.

126. En primer lugar, procede declarar que la prohibición, establecida en el artículo 3 de la Directiva, de despachar a libre práctica y comercializar en la Comunidad cigarrillos que no se ajusten a los contenidos máximos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono, que se completa mediante la obligación impuesta a los Estados miembros de autorizar la importación, la venta y el consumo de los cigarrillos que respeten dichos contenidos, conforme al artículo 13, apartado 1, de la Directiva, es una medida apta para alcanzar el objetivo que ésta pretende conseguir y, habida cuenta de la obligación que incumbe al legislador comunitario de garantizar un nivel elevado de protección en materia de salud, no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

127. En segundo lugar, la prohibición, igualmente prevista en el artículo 3 de la Directiva, de fabricar cigarrillos que no respeten los contenidos máximos previstos en dicha disposición tiene por objetivo, como se señala en el apartado 85 de la presente sentencia, evitar que las disposiciones relativas al mercado interior en el sector de los productos del tabaco se vean afectadas por las reimportaciones ilícitas o por las desviaciones del tráfico comercial en la Comunidad de productos no conformes con las exigencias del apartado 1 de dicha disposición.

128. Se ha discutido la proporcionalidad de esta prohibición de fabricación, por estimarse que no se trata de una medida apta para alcanzar su objetivo y que va más allá de lo necesario para alcanzarlo, puesto que hubiera bastado con una medida alternativa, como el refuerzo de los controles de las importaciones procedentes de países terceros.

129. A este respecto, procede indicar que si bien la prohibición de que se trata no permite por sí sola evitar el desarrollo del comercio ilegal de cigarrillos en la Comunidad, habida cuenta, en particular, del hecho de que también pueden introducirse ilegalmente en el mercado comunitario cigarrillos fabricados en países terceros que no cumplan los requisitos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, el legislador comunitario no se extralimitó en el ejercicio de su facultad de apreciación al considerar que dicha prohibición constituye, pese a ello, una medida que puede contribuir eficazmente a limitar el riesgo de que se incremente el comercio ilegal de cigarrillos y a prevenir que el mercado interior se vea afectado en consecuencia.

130. Además, no se ha demostrado que baste con reforzar los controles en el presente caso para alcanzar el objetivo perseguido por la disposición controvertida. A este respecto, debe destacarse que la prohibición de fabricación de que se trata resulta especialmente apta para suprimir de raíz las desviaciones del tráfico comercial de cigarrillos fabricados en la Comunidad para su exportación a países terceros, desviaciones que constituyen una forma de fraude que, por

definición, no puede combatirse con la misma eficacia a través de una medida alternativa como el refuerzo de los controles en las fronteras de la Comunidad.

131. En cuanto al artículo 5 de la Directiva, la obligación de que se haga constar en los paquetes de cigarrillos indicaciones relativas a su contenido de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono y de que se mencionen en las unidades de envasado de los productos del tabaco advertencias sobre los riesgos para la salud que implican dichos productos son medidas aptas para alcanzar un nivel elevado de protección de la salud en la supresión de las trabas derivadas de las legislaciones nacionales en materia de etiquetado. En efecto, tales obligaciones constituyen un método reconocido para incitar a los fumadores a reducir su consumo de productos del tabaco o a consumir productos menos nocivos para la salud.

132. En consecuencia, al exigir el artículo 5 de la Directiva que se aumenten los porcentajes de las superficies que han de reservarse a tales indicaciones y advertencias en ciertas caras de las unidades de envasado de los productos del tabaco, en una proporción que deja espacio suficiente a los fabricantes de estos productos para colocar otros elementos, en particular, los relativos a las marcas, el legislador comunitario no se extralimitó en el ejercicio de la facultad de apreciación que le corresponde en la materia.

133. Por lo que respecta al artículo 7 de la Directiva, procede efectuar las siguientes observaciones.

134. El objetivo de dicha disposición se menciona en el vigésimo séptimo considerando de la Directiva, del que se desprende que la prohibición de utilizar en las unidades de envasado de los productos del tabaco términos tales como «bajo en alquitrán», «ultraligero», «ultralight» o «suave», o ciertos nombres, imágenes, signos u otros, se encuentra justificada por el temor de que estas descripciones induzcan al consumidor a la creencia errónea de que dichos productos son menos nocivos y den origen a cambios en las pautas de consumo. El mencionado considerando precisa a este respecto que no sólo el contenido de determinadas sustancias en el producto antes de su consumo, sino también el comportamiento del fumador y el grado de adicción, determinan el nivel de las sustancias nocivas inhaladas, de modo que la utilización de los términos descriptivos de que se trata, que no refleja este hecho, puede menoscabar los requisitos en materia de etiquetado que establece la Directiva.

135. En consecuencia, el artículo 7 de la Directiva, en relación con el vigésimo séptimo considerando de ésta, pretende garantizar que se informe al consumidor de manera objetiva acerca de la nocividad de los productos del tabaco.

136. Dicha exigencia de información es apta para alcanzar un nivel elevado de protección de la salud en la armonización de las disposiciones aplicables a la descripción de los productos del tabaco.

137. Pues bien, el legislador comunitario podía considerar, sin extralimitarse en el ejercicio de su facultad de apreciación, que la indicación del contenido de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono, conforme al artículo 5, apartado 1, de la Directiva, garantizaba de modo objetivo que se informase al consumidor acerca de la nocividad de los productos del tabaco derivada de dichas sustancias, mientras que el uso de elementos descriptivos, como los contemplados en el artículo 7 de la Directiva, no garantizaba que se informara objetivamente al consumidor.

138. En efecto, tal como ha señalado el Abogado General en los puntos 241 a 248 de sus conclusiones, dichos elementos descriptivos pueden inducir a error a los consumidores. En primer lugar, pueden designar, como el término «suave», una sensación gustativa sin relación alguna con el contenido de sustancias nocivas del producto. En segundo lugar, términos tales como «bajo en alquitrán», «ultraligero» o «ultralight» no se refieren, a falta de una normativa reguladora de tales términos, a límites cuantitativos precisos. En tercer lugar, aun cuando el producto de que se trate presente un contenido de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono inferior al que poseen otros productos, no deja de ser cierto que, por un lado, la cantidad de estas sustancias que inhala efectivamente el consumidor depende también de su comportamiento como fumador y que, por otro lado, dicho producto puede contener otras sustancias nocivas. En cuarto lugar, la utilización de elementos descriptivos que sugieren que el consumo de un producto del tabaco particular es más beneficioso para la salud que otros puede alentar el consumo de tabaco.

139. Por lo demás, el legislador comunitario podía considerar, sin extralimitarse en el ejercicio de la facultad de apreciación que le corresponde en la materia, que, para garantizar que se informara objetivamente a los consumidores acerca de la nocividad de los productos del tabaco, la prohibición establecida en el artículo 7 de la Directiva era necesaria y que, en particular, no había ninguna medida alternativa que permitiera alcanzar este objetivo de una manera tan eficaz, pero que restringiera en menor medida los derechos de los fabricantes de productos del tabaco.

140. En efecto, no resulta manifiesto que la mera regulación del uso de los términos descriptivos contemplados en el mencionado artículo 7, defendida por las demandantes del litigio principal y por los Gobiernos alemán, helénico y luxemburgués, o el hecho de que se mencione en los embalajes de los productos del tabaco, como sugiere Japan Tobacco, que las cantidades de sustancias nocivas inhaladas dependen también del comportamiento del fumador hubieran garantizado una

información objetiva de los consumidores, habida cuenta de que, en cualquier caso, tales elementos descriptivos pueden, por definición, alentar el consumo de tabaco.

141. De las anteriores consideraciones relativas a la letra c) de la primera cuestión se desprende que la Directiva no es inválida por vulnerar el principio de proporcionalidad.

[Sobre la letra d\) de la primera cuestión](#)

142. Mediante la letra d) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, por vulnerar el artículo 295 CE, el derecho fundamental de propiedad y/o el artículo 20 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (en lo sucesivo, «Acuerdo ADPIC» -en inglés, «TRIPS»-, que figura en el anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (en lo sucesivo, «Acuerdo OMC»), aprobado en nombre de la Comunidad, por lo que respecta a los temas de su competencia, mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994 (DO L 336, p. 1).

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

143. Las demandantes del litigio principal sostienen que los artículos 5 y 7 de la Directiva vulneran el artículo 295 CE, así como el derecho fundamental de propiedad y/o el artículo 20 del Acuerdo ADPIC, que establece que no se complicará injustificablemente el uso de una marca de comercio con exigencias especiales como, por ejemplo, el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Alegan a este respecto que el gran tamaño de las nuevas advertencias en materia de salud previstas en el artículo 5 de la Directiva obstaculiza considerablemente sus derechos de propiedad intelectual. En efecto, dichas advertencias acaparan el aspecto general de los embalajes de los productos del tabaco y, en consecuencia, limitan, si no imposibilitan, el uso de las marcas por los fabricantes de tales productos. Asimismo, afirman que la prohibición total de utilizar los términos descriptivos que figuran en el artículo 7 de la Directiva va a privarles de varias de sus marcas registradas, puesto que ya no estarán autorizados a utilizarlas.

144. Según Japan Tobacco, el artículo 7 de la Directiva le prohíbe ejercer sus derechos de propiedad intelectual al impedirle utilizar su marca Mild Seven en la Comunidad y al privarle del beneficio económico de sus licencias exclusivas sobre dicha marca. Semejante efecto supone, en particular, que se vulnere el derecho de propiedad, reconocido como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico comunitario, protegido por el artículo 1, párrafo primero, del

Protocolo adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, e igualmente consagrado en el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

145. Los Gobiernos helénico y luxemburgués alegan que el artículo 7 de la Directiva vulnera los derechos de propiedad intelectual de los fabricantes de productos del tabaco y perjudica sus resultados económicos, puesto que prohibir totalmente el uso de ciertos términos descriptivos equivale simple y llanamente a prohibir ciertas marcas registradas conforme a Derecho por dichos fabricantes.

146. Los Gobiernos del Reino Unido, belga, francés, neerlandés y sueco, así como el Parlamento, el Consejo y la Comisión alegan, en primer lugar, que las disposiciones de la Directiva no inciden en modo alguno en el régimen de la propiedad en los Estados miembros, conforme al artículo 295 CE. A continuación, afirman que el derecho fundamental de propiedad no constituye un derecho absoluto, sino que puede verse limitado por motivos de interés general como, en el presente caso, la protección de la salud pública. Por último, consideran que el Acuerdo ADPIC no tiene efecto directo y que, en cualquier caso, las disposiciones de la Directiva no son contrarias al artículo 20 de dicho Acuerdo, puesto que no impiden que cada fabricante de cigarrillos continúe utilizando su marca distinguiéndola de las demás mediante los términos, símbolos, colores y dibujos que le son propios y que puede hacer constar en las superficies disponibles del embalaje de los productos del tabaco.

Apreciación del Tribunal de Justicia

147. Por lo que respecta, en primer lugar, a la validez de la Directiva con respecto al artículo 295 CE, procede recordar que, según dicha disposición, el Tratado «no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». La mencionada disposición se limita a conceder a los Estados miembros la facultad de definir el régimen del derecho de propiedad, sin prohibir toda intervención comunitaria que incida en el ejercicio del derecho de propiedad (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente pp. 499 y 500).

148. Ahora bien, debe señalarse que, en el presente caso, la Directiva no afecta en modo alguno al régimen de la propiedad en los Estados miembros, conforme al artículo 295 CE, y que este último artículo carece de pertinencia por lo que respecta a la eventual incidencia de la Directiva en el ejercicio por los fabricantes de productos del tabaco de su derecho de marca sobre tales productos.

149. A continuación, en lo que atañe a la validez de la Directiva con respecto al derecho de propiedad, ha de recordarse que, según jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal derecho forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, pero no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados (véanse, en particular, las sentencias de 11 de julio de 1989, Schröder, 265/87, Rec. p. 2237, apartado 15; de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo, C-280/93, Rec. p. I-4973, apartado 78, y de 29 de abril de 1999, Standley y otros, C-293/97, Rec. p. I-2603, apartado 54).

150. De los apartados 131 y 132 de la presente sentencia resulta que el artículo 5 de la Directiva tiene por único efecto limitar el derecho de los fabricantes de productos del tabaco a utilizar el espacio de algunas de las caras de los paquetes de cigarrillos o de las unidades de envasado de tales productos para colocar en él sus marcas, sin menoscabar la esencia de su derecho de marca, efecto con el que se pretendegarantizar un nivel elevado de protección de la salud en la supresión de las trabas derivadas de las legislaciones nacionales en materia de etiquetado. El artículo 5 de la Directiva constituye, a la luz de este análisis, una restricción proporcionada al ejercicio del derecho de propiedad, compatible con la protección que confiere a éste el Derecho comunitario.

151. Procede recordar que, como se deriva de los apartados 134 a 141 de la presente sentencia, el artículo 7 de la Directiva pretende garantizar, conforme al principio de proporcionalidad, un nivel elevado de protección de la salud en la armonización de las disposiciones aplicables a la descripción de los productos del tabaco.

152. Si bien dicho artículo establece la prohibición, limitada al embalaje de los productos del tabaco, de que se utilice una marca que contenga alguno de los elementos descriptivos que contempla, los fabricantes de productos del tabaco pueden continuar, pese a la supresión de dicho elemento descriptivo del embalaje, individualizando sus

productos mediante otros signos distintivos. Además, la Directiva fija un plazo suficiente entre su adopción y el inicio de la aplicación de la prohibición que figura en su artículo 7.

153. Habida cuenta de lo anterior, debe considerarse que las restricciones al derecho de marca que pueden derivarse del artículo 7 de la Directiva responden efectivamente a un objetivo de interés general

perseguido por la Comunidad y no constituyen, con respecto al fin deseado, una intervención desmesurada e intolerable que menoscabe la propia esencia del mencionado derecho.

154. En lo que atañe, por último, a la validez de la Directiva con respecto al artículo 20 del Acuerdo ADPIC, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, la legalidad de un acto comunitario no depende de su conformidad con instrumentos de Derecho internacional que, como el Acuerdo OMC y el Acuerdo ADPIC, que forma parte del primero, no se incluyen en principio, habida cuenta de su naturaleza y sistema, entre las normas con respecto a las cuales el Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias (sentencias de 23 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo, C-149/96, Rec. p. I-8395, apartado 47; Países Bajos/Parlamento y Consejo, antes citada, apartado 52; de 22 de noviembre de 2001, Países Bajos/Consejo, C-301/97, Rec. p. I-8853, apartado 53, y de 12 de marzo de 2002, Omega Air y otros, asuntos acumulados C-27/00 y C-122/00, Rec. p. I-2569, apartado 93).

155. De la mencionada jurisprudencia se desprende asimismo que tan sólo en el supuesto de que la Comunidad tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC o cuando el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas de los Acuerdos OMC, corresponderá al Tribunal de Justicia controlar la legalidad del acto comunitario de que se trate en relación con las normas de la OMC (sentencias antes citadas Portugal/Consejo, apartado 49; Países Bajos/Consejo, apartado 54, y Omega Air y otros, apartado 94).

156. Debe declararse que estas circunstancias no se reúnen en el caso de la Directiva, de modo que no procede apreciar su validez a la luz del artículo 20 del Acuerdo ADPIC.

157. De las anteriores consideraciones relativas a la letra d) de la primera cuestión se desprende que la Directiva no es inválida por vulnerar el artículo 295 CE o el derecho fundamental de propiedad.

[Sobre la letra e\) de la primera cuestión](#)

158. Mediante la letra e) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea esencialmente que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, por incumplir la obligación de motivación establecida en el artículo 253 CE.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

159. Las demandantes del litigio principal alegan fundamentalmente que, aun cuando se admitiera que el legislador comunitario puede legislar de nuevo acerca del contenido de alquitrán y el etiquetado sobre

la base del artículo 95 CE, pese a que ambas cuestiones han sido ya objeto de armonización a escala comunitaria, dicha legislación debería, cuando menos, fundarse en una «novedad basada en hechos científicos», conforme al artículo 95 CE, apartado 3. En consecuencia, estiman que la circunstancia de que en la Directiva no se haga referencia alguna a hechos científicos relativos a las nuevas disposiciones en materia de contenido de alquitrán y etiquetado, que figuran en sus artículos 3 y 5, es contraria al artículo 253 CE.

160. Según Japan Tobacco, la Directiva no cumple las exigencias impuestas por el artículo 253 CE, por cuanto no explica las razones de hecho y de Derecho que han llevado al legislador comunitario a concluir que la prohibición de utilizar ciertos elementos descriptivos prevista en el artículo 7 de la Directiva era necesaria.

161. El Gobierno alemán sostiene que el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva es inválido, en la medida en que establece una prohibición de fabricación de cigarrillos que no se ajusten a los contenidos máximos de sustancias nocivas y que se destinen a su exportación a países terceros, sin que se indiquen, en los considerandos de dicha Directiva, los motivos por los que la protección de la salud en la Comunidad puede verse considerablemente afectada por una reimportación ilegal de productos del tabaco fabricados en ella.

162. El Gobierno helénico alega, en particular, que la mera referencia, en el undécimo considerando de la Directiva, a la necesidad de que se adopten normas para velar por que las disposiciones relativas al mercado interior no se vean afectadas no satisface la motivación exigida por el artículo 253 CE, dado que dicho considerando no incluye una descripción general del riesgo existente o futuro, de muy probable concreción, a que se refiere.

163. El Gobierno luxemburgués considera que la Directiva adolece de un vicio de motivación, puesto que sus considerandos se limitan a reiterar la misma referencia al «buen funcionamiento del mercado interior», sin precisar por qué dicho funcionamiento se vería comprometido de no adoptarse la Directiva.

164. Según los Gobiernos del Reino Unido, belga, francés, italiano y neerlandés, así como el Parlamento y el Consejo, la Directiva contiene una motivación suficiente con respecto a las exigencias impuestas por el artículo 253 CE. A este respecto, alegan en particular que el legislador comunitario no está obligado a motivar específicamente cada una de las opciones técnicas por las que se inclina.

Apreciación del Tribunal de Justicia

165. Procede recordar que, si bien es cierto que la motivación que exige el artículo 253 CE debe revelar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la autoridad comunitaria autora del acto impugnado, de modo que los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada y el Tribunal de Justicia ejercer su control, no se exige sin embargo que dicha motivación especifique todas las razones de hecho o de Derecho pertinentes (véase, en particular, la sentencia de 29 de febrero de 1996, Comisión/Consejo, C-122/94, Rec. p. I-881, apartado 29).

166. Por otra parte, para apreciar el cumplimiento de la obligación de motivación, se debe tener en cuenta no sólo el tenor literal del acto impugnado, sino también su contexto, así como el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. Por consiguiente, si el acto impugnado revela lo esencial de los objetivos perseguidos por la institución, resulta innecesario exigir a ésta una motivación específica para cada una de las opciones de carácter técnico que ha realizado (véase, en particular, la sentencia de 5 de julio de 2001, Italia/Consejo y Comisión, C-100/99, Rec. p. I-5217, apartado 64).

167. En el caso de la Directiva, procede declarar que se hace constar claramente en sus considerandos que las medidas que contempla tienen por objeto, mediante la aproximación de las normas aplicables en la materia, eliminar las trabas derivadas de las disparidades que, pese a las medidas de armonización ya adoptadas, todavía existen entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, y que obstaculizan el funcionamiento del mercado interior.

168. En primer lugar, esto es lo que sucede con los tres primeros considerandos de la Directiva, de los que se desprende claramente que ésta tiene por objeto refundir las Directivas 89/622 y 90/239, adaptando y completando sus disposiciones, con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado interior en el sector de los productos del tabaco.

169. Asimismo, dicha circunstancia se verifica también con respecto a los considerandos quinto, séptimo, noveno, undécimo, decimocuarto, decimonoveno y vigésimoséptimo de la Directiva, que especifican los principales aspectos por los que el legislador comunitario estimaba necesario reforzar las medidas de armonización existentes o adoptar nuevas medidas de armonización en lo que atañe, respectivamente, a los límites máximos de

contenido de alquitrán, monóxido de carbono y nicotina autorizados para los cigarrillos; la incidencia de la Directiva en los productos del tabaco exportados desde la Comunidad; las normas para la medición de los contenidos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos; la presentación de las advertencias relativas a la salud y

la indicación de dichos contenidos en las unidades de envasado de los productos del

tabaco, así como la prohibición de utilizar ciertos elementos descriptivos en los embalajes de los productos del tabaco.

170. No puede acogerse el argumento según el cual la Directiva debería haberse referido a hechos científicos para justificar las nuevas disposiciones que contiene respecto de las medidas comunitarias adoptadas anteriormente. En efecto, del apartado 80 de la presente sentencia se deriva que el artículo 95 CE no exige que se invoque la evolución de los conocimientos científicos para que el legislador comunitario pueda adoptar medidas basadas en dicha disposición.

171. Tampoco puede acogerse el argumento conforme al cual la Directiva no está correctamente motivada por cuanto prohíbe fabricar cigarrillos para su exportación a países terceros, puesto que el hecho de que se indique en el undécimo considerando de la Directiva que, por lo que respecta a tales productos, deben adoptarse normas con el fin de que las disposiciones relativas al mercado interior no se vean afectadas constituye una motivación suficiente a este respecto.

172. De las anteriores consideraciones relativas a la letra e) de la primera cuestión se desprende que la Directiva no es inválida por incumplir la obligación de motivación prevista en el artículo 253 CE.

[Sobre la letra f\) de la primera cuestión](#)

173. Mediante la letra f) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, por vulnerar el principio de subsidiariedad.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

174. Las demandantes del litigio principal alegan que el principio de subsidiariedad se aplica a las medidas que, como la Directiva, afectan al mercado interior y que, cuando adoptó dicha Directiva, el legislador comunitario ignoró por completo este principio o, en cualquier caso, no lo tuvo debidamente en cuenta. En efecto, de haberlo hecho, habría debido llegar a la conclusión de que no era necesario adoptar la Directiva, puesto que las Directivas 89/622 y 90/239 ya preveían normas armonizadas para eliminar los obstáculos a los intercambios de los productos del tabaco. Asimismo, no se ha aportado prueba alguna que demuestre que los Estadosmiembros no podían adoptar las medidas de protección de la salud pública que estimaran necesarias.

175. El Gobierno belga y el Parlamento sostienen que el principio de subsidiariedad, en la medida en que sólo surte efectos en aquellos ámbitos que no sean competencia exclusiva de la Comunidad, no se

aplica a la Directiva, por cuanto ésta, adoptada con miras a la realización del mercado interior, se encuentra comprendida en dicha competencia exclusiva. De cualquier modo, aun cuando se admitiera que se aplica a la Directiva, tal principio se respetó en el presente caso, dado que la acción contemplada no podía efectuarse satisfactoriamente por los Estados miembros.

176. Los Gobiernos del Reino Unido, francés, neerlandés y sueco, así como el Consejo y la Comisión, consideran que el principio de subsidiariedad es aplicable en el presente caso y fue respetado por la Directiva. Los Gobiernos del Reino Unido y francés, al igual que la Comisión, alegan que las consideraciones efectuadas en los apartados 30 a 34 de la sentencia Países Bajos/Parlamento y Consejo, antes citada, pueden extrapolarse al presente caso y permiten llegar a la conclusión de que la Directiva es válida a la luz del principio de subsidiariedad. Según el Gobierno neerlandés y la Comisión, cuando se reúnen los requisitos para recurrir al artículo 95 CE, se cumplen igualmente los que el artículo 5 CE, párrafo segundo, exige para una acción comunitaria, en la medida en que, ciertamente, ningún Estado miembro puede por sí solo adoptar las medidas necesarias para impedir cualquier divergencia entre las legislaciones de los Estados miembros que afecte a los intercambios.

Apreciación del Tribunal de Justicia

177. El principio de subsidiariedad se consagra en el artículo 5 CE, párrafo segundo, a cuyo tenor, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

178. El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, precisa, en su apartado 3, que el principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia.

179. Con carácter preliminar, procede indicar que el principio de subsidiariedad se aplica cuando el legislador comunitario recurre al artículo 95 CE, en la medida en que dicha disposición no le concede competencia exclusiva para regular las actividades económicas en el mercado interior, sino únicamente competencia para mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento de éste, mediante la eliminación de obstáculos a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios o la supresión de distorsiones de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia sobre la publicidad del tabaco, apartados 83 y 95).

180. En lo que atañe a la cuestión de si la Directiva se adoptó conforme al principio de subsidiariedad, procede examinar en primer lugar si el objetivo de la acción contemplada podía lograrse mejor a nivel comunitario.

181. A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado, en el apartado 124 de la presente sentencia, que la Directiva tiene por objetivo eliminar las trabas derivadas de las disparidades que todavía existen entre las disposiciones de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, garantizando un nivel de protección elevado en materia de salud, conforme al artículo 95 CE, apartado 3.

182. Dicho objetivo no puede alcanzarse de manera satisfactoria mediante una acción emprendida únicamente por los Estados miembros y requiere una acción a nivel comunitario, como demuestra la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales en el presente caso (véase el apartado 61 de la presente sentencia).

183. De lo anterior se deriva que, en el caso de la Directiva, el objetivo de la acción contemplada podía lograrse mejor a nivel comunitario.

184. En segundo lugar, procede declarar que la intensidad de la acción emprendida por la Comunidad en el presente caso respeta también las exigencias del principio de subsidiariedad por cuanto, como se desprende de los apartados 122 a 141 de la presente sentencia, dicha acción no excede la medida necesaria para alcanzar el objetivo que pretende conseguir.

185. De las anteriores consideraciones relativas a la letra e) de la primera cuestión se desprende que la Directiva no es inválida por vulnerar el principio de subsidiariedad.

Sobre la letra g) de la primera cuestión

186. Mediante la letra g) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, por adolecer de desviación de poder.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

187. Las demandantes del litigio principal y el Gobierno helénico sostienen que la Directiva adolece de desviación de poder, en la medida en que su único objetivo es la protección de la salud pública y no el desarrollo del mercado interior ni de la política comercial común. Alegan, en particular, que la prohibición de fabricar cigarrillos para su exportación se estableció exclusivamente para proteger la salud de los residentes en países terceros.

188. Según los Gobiernos del Reino Unido, belga, francés, neerlandés y sueco, así como el Parlamento y el Consejo, la alegación basada en la desviación de poder parte de la base errónea de que la Directiva constituye una medida de salud pública encubierta.

Apreciación del Tribunal de Justicia

189. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un acto sólo adolece de desviación de poder cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (véanse las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, Rec. p. I-4023, apartado 24; de 13 de julio de 1995, Parlamento/Comisión, C-156/93, Rec. p. I-2019, apartado 31; de 14 de mayo de 1998, Windpark Groothusen/Comisión, C-48/96 P, Rec. p. I-2873, apartado 52, y de 22 de noviembre de 2001, Países Bajos/Consejo, C-110/97, Rec. p. I-8763, apartado 137).

190. En lo que atañe concretamente a la exclusión expresa, enunciada en el artículo 129, apartado 4, primer guión, del Tratado CE (actualmente artículo 152 CE, apartado 4, párrafo primero, tras su modificación), de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros destinadas a proteger y mejorar la salud humana, el Tribunal de Justicia ha declarado que el recurso a otros artículos del Tratado como base jurídica no puede ser utilizado para eludir dicha exclusión (sentencia sobre la publicidad del tabaco, apartado 79). Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha precisado que, si se cumplen los requisitos para recurrir a los artículos 100 A del Tratado, 57, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 47 CE, apartado 2, tras su modificación) y 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE) como base jurídica, no puede impedirse al legislador comunitario que se funde en dicha base jurídica por el hecho de que la protección de la salud pública sea determinante en las decisiones que deben tomarse (sentencia sobre la publicidad del tabaco, apartado 88).

191. Pues bien, por un lado, tal como se declara en el apartado 91 de la presente sentencia, se cumplían en el caso de la Directiva los requisitos para recurrir al artículo 95 CE y, por otro lado, no ha quedado demostrado de modo alguno que tal Directiva hubiera sido adoptada con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar un objetivo distinto de la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior en el sector de los productos del tabaco.

192. De las anteriores consideraciones relativas a la letra g) de la primera cuestión se desprende que la Directiva no es inválida por adolecer de desviación de poder.

Sobre la respuesta a la primera cuestión en su conjunto

193. Procede responder a la primera cuestión en su conjunto que su examen no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez de la Directiva.

Sobre la segunda cuestión

194. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si debe interpretarse el artículo 7 de la Directiva en el sentido de que se aplica únicamente a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad o de que abarca también los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

195. Según las demandantes del litigio principal, los Gobiernos helénico, irlandés, luxemburgués, neerlandés y sueco, así como el Parlamento, el Consejo y la Comisión, procede interpretar el artículo 7 de la Directiva en el sentido de que no se aplica a los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros, sino únicamente a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad.

196. A este respecto, alegan en primer lugar que la voluntad del legislador comunitario de aplicar también la prohibición establecida en el artículo 7 de la Directiva a los productos destinados a la exportación a países terceros no se deriva ni del tenor de dicha disposición ni de los considerandos de la Directiva, incluido el vigésimo séptimo.

197. A continuación, sostienen que dicha norma, habida cuenta de los efectos desfavorables que la prohibición que establece surte en relación con los fabricantes de productos del tabaco, debe ser objeto de una interpretación restrictiva en lo que atañe a su ámbito de aplicación.

198. Por último, consideran que, como se desprende del vigésimo séptimo considerando de la Directiva, el objetivo de su artículo 7 es evitar que se menoscaben los requisitos en materia de etiquetado impuestos por el artículo 5 de dicha Directiva. En consecuencia, debe considerarse que ambas disposiciones tienen el mismo ámbito de aplicación. Ahora bien, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva establece un régimen lingüístico específico a los efectos de aquella,

basado en las lenguas oficiales de los Estados miembros, de modo que sólo se aplica a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad.

199. Según los Gobiernos del Reino Unido, belga, francés, italiano y finlandés, debe interpretarse el artículo 7 de la Directiva en el sentido de que se aplica también a los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros.

200. En primer lugar, alegan a este respecto que, cuando el artículo 7 de la Directiva dispone que no pueden utilizarse ciertos términos descriptivos «en las unidades de envasado de productos del tabaco», el alcance de esta prohibición no se encuentra limitado en función del lugar de consumo posterior de dichos productos.

201. A continuación, sostienen que el artículo 152 CE, apartado 1, exige que, al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad, se garantice un alto nivel de protección de la salud humana. Esta obligación se extiende a la política comercial común, lo que sugiere también que si el legislador comunitario hubiera deseado excluir las exportaciones a países terceros del ámbito de aplicación del artículo 7, lo habría indicado expresamente.

202. Por último, alegan que los elementos descriptivos que deben figurar en las unidades de envasado de los productos del tabaco deben ser idénticos sea cual fuere su destino, habida cuenta del riesgo de que se reintroduzcan en la Comunidad productos destinados a la exportación a países terceros.

Apreciación del Tribunal de Justicia

203. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para la interpretación de una disposición de Derecho comunitario procede tener en cuenta no sólo el tenor de ésta, sino también su contexto y los objetivos que pretende alcanzar la normativa de que forma parte (véanse las sentencias de 14 de octubre de 1999, Adidas, C-223/98, Rec. p. I-7081, apartado 23; de 18 de mayo de 2000, KVS International, C-301/98, Rec. p. I-3583, apartado 21; de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión, C-156/98, Rec. p. I-6857, apartado 50, y de 14 de junio de 2001, Kvaerner, C-191/99, Rec. p. I-4447, apartado 30).

204. A este respecto, procede declarar que el tenor del artículo 7 de la Directiva no permite por sí solo determinar si la prohibición que contiene se aplica únicamente a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad o si se refiere también a los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros.

205. El artículo 7 de la Directiva difiere en este punto de su artículo 3, del que se desprende claramente que las disposiciones que prevé en relación con los contenidos máximos de sustancias nocivas de los cigarrillos se aplican también a los fabricados en la Comunidad para su exportación. A diferencia de su artículo 7, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva prevé, en particular, un plazo adicional para que comiencen a surtir efectos las disposiciones contempladas en su apartado 1 en relación con los cigarrillos destinados a la exportación a países terceros.

206. En consecuencia, para interpretar el artículo 7 de la Directiva en lo que atañe a su ámbito de aplicación, procede tener en cuenta el contexto integrado por las demás disposiciones de la Directiva.

207. A este respecto, del vigésimo séptimo considerando de la Directiva se desprende que su artículo 7 tiene por objeto, en particular, impedir que se vean menoscabados los requisitos de la Directiva en materia de etiquetado, que se definen en su artículo 5.

208. En el sistema de la Directiva, los artículos 5 y 7 constituyen, en efecto, dos disposiciones complementarias, puesto que el artículo 5, apartado 1, prevé que se indiquen en los paquetes de cigarrillos los contenidos de sustancias nocivas, de modo que se garantice que el consumidor recibe información objetiva acerca de la nocividad de los productos del tabaco derivada de dichas sustancias, mientras que el artículo 7 prohíbe la utilización de elementos descriptivos que puedan inducir a error al consumidor a este respecto.

209. Ahora bien, del artículo 5 de la Directiva se desprende que tal artículo sólo establece requisitos en materia de etiquetado de los productos del tabaco en relación con aquellos de dichos productos que vayan a ser comercializados en la Comunidad.

210. Esta interpretación se deriva, en particular, del hecho de que el artículo 5, apartado 6, letra e), de la Directiva disponga que el texto de las advertencias y de las indicaciones relativas al contenido que exige dicho artículo debe imprimirse «en la o las lenguas oficiales del Estado miembro en cuyo mercado se comercialice el producto».

211. Por lo que respecta a los objetivos perseguidos por la Directiva, procede recordar que su objeto principal es mejorar el funcionamiento del mercado interior en el sector de los productos del tabaco, garantizando un nivel elevado de protección de la salud.

212. En consecuencia, debe considerarse que, en principio, las disposiciones de la Directiva se refieren únicamente a los productos del tabaco destinados a ser comercializados en el mercado interior.

213. Es cierto que, en lo que atañe al artículo 3 de la Directiva, el Tribunal de Justicia ha reconocido, en los apartados 82 a 91 de la presente sentencia, que el riesgo de que el mercado interior se vea afectado puede justificar que se adopte, sobre la base del artículo 95 CE, una disposición que se refiera a productos exportados a países terceros, al tratarse de una medida destinada a evitar que se eludan las disposiciones previstas para el mercado interior.

214. Sin embargo, el legislador comunitario ha dispuesto expresamente en este caso que se aplique el artículo 3 de la Directiva a los productos del tabaco destinados a la exportación a países terceros, por estimar que existe un riesgo de que se eludan las disposiciones de la Directiva relativas a los contenidos máximos de sustancias nocivas de los cigarrillos, vinculado a eventuales reimportaciones ilícitas en la Comunidad o a posibles desviaciones del tráfico comercial en el interior de ésta.

215. Por el contrario, el artículo 7 de la Directiva se refiere, al igual que su artículo 5, a la presentación de los productos del tabaco y no a su composición. Pues bien, los riesgos de que el mercado interior se vea afectado como consecuencia de la comercialización ilícita, por un lado, de cigarrillos que no se ajusten a las exigencias de la Directiva por lo que respecta a los contenidos máximos de sustancias nocivas y, por otro lado, de productos del tabaco que no cumplan los requisitos impuestos por la Directiva en materia de etiquetado y menciones que han de figurar en su embalaje no tienen necesariamente la misma amplitud ni la misma naturaleza, sin que obliguen a adoptar las mismas medidas.

216. Por consiguiente, a falta de indicaciones en este sentido en la Directiva, no hay por qué presumir que el legislador comunitario deseaba completar la prohibición de comercializar en la Comunidad productos del tabaco que no se ajusten a los requisitos del artículo 7 de la Directiva con una prohibición similar relativa a los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros.

217. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 7 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se aplica únicamente a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad.

COSTAS

218. Los gastos efectuados por los Gobiernos del Reino Unido, belga, alemán, helénico, francés, irlandés, italiano, luxemburgués, neerlandés, finlandés y sueco, así como por el Parlamento, el Consejo y la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el

procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), mediante resolución de 6 de diciembre de 2001, declara:

1) El examen de la primera cuestión no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estadosmiembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco.

2) El artículo 7 de la Directiva 2001/37 debe interpretarse en el sentido de que se aplica únicamente a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad Europea.

Rodríguez Iglesias
Puissochet
Wathelet

Schintgen
Timmermans
Edward

La Pergola
Jann
Skouris

Macken Colneric von Bahr
Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 10 de diciembre de 2002.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

1: Lengua de procedimiento: inglés.

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Conclusiones del Abogado General en el asunto Comisión v. Reino Unido de 16 de enero de 2003

Comentario de Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

También tienen cierto interés, aunque es una cuestión más sensible a la realidad española, las Conclusiones de Antonio Tizzano en el asunto Comisión v. Reino Unido (C-30/01, de 16 de enero de 2003), donde se plantea la extensión material del Derecho comunitario en el territorio de **Gibraltar**. Digo que tiene “cierto” interés porque el estatuto de Gibraltar parece que empieza a hacerse cada vez más comunitario: la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal es muy significativa, puesto que extiende expresamente su ámbito de aplicación a Gibraltar en su artículo 11, por si quedaran dudas. Todo ello está vinculado al problema del Prestige y la ejecución de las Directivas comunitarias en materia de seguridad marítima y protección ambiental. Según Tizzano, en el asunto que antes os citaba no existiría incumplimiento por parte del Reino Unido, puesto que los actos dictados con la base competencial de los artículos 94 y 95 TCE quedan, expresamente, fuera del ámbito territorial de Gibraltar. Así lo prevé la European Communities Act. Con la jurisprudencia sobre los elementos objetivos para la determinación de la base jurídica, el Abogado General concluye que la Directiva no transpuesta se adoptó, de forma lícita, en un ámbito excluido en Gibraltar. En todo caso, habrá que esperar a la Sentencia, porque Tizzano ya apunta que podría realizarse algún tipo de control cuando se observe un ánimo fraudulento en la elección de las bases jurídicas (cita la jurisprudencia España vs. Consejo y Parlamento vs. Consejo) del Derecho comunitario.

TEXTO

El texto de estas conclusiones puede consultarse en la página web del TJCE: Asunto C-30/01

© UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de marzo de 2003

Comentario de Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

Asimismo, en los últimos meses ha vuelto a aparecer el fantasma del asunto Kress y la compatibilidad de la intervención del Abogado General con el artículo 6 CEDH (garantías procesales), a la luz del pronunciamiento del TJCE en el asunto Arben Kaba (C-466/00, de 6 de marzo de 2003). En el presente caso, donde Dámaso Ruiz-Jarabo presentó sus Conclusiones analizando el problema, estudiando en profundidad la Sentencia Kress del TEDH, el Auto Emesa Sugar del TJCE y las peculiaridades procesales de la actuación del Abogado General. El asunto Arben Kaba tiene sus orígenes en unas Conclusiones del entonces Abogado General La Pergola, que en opinión del recurrente incurrieron en graves errores y que fueron posteriormente seguidas a rajatabla por el TJCE. Ante la imposibilidad de contestar a lo que el recurrente consideraba un error de Derecho por parte del Abogado General, esgrime que se ha lesionado el **principio de contradicción**. Al mismo tiempo plantea una pregunta en relación al fondo del asunto, a la luz del pronunciamiento emitido por el TJCE siguiendo las Conclusiones de La Pergola. Resulta sorprendente que el Tribunal descarte por completo la cuestión atinente al **Abogado General**, centrándose en la interpretación de su propia Sentencia. Una vez interpretada, afirma que ya ofrece una respuesta útil al juez nacional, y por tanto ignora de raíz la problemática suscitada por la intervención del Abogado General. Es evidente que hay cierta prepotencia en la resolución del Tribunal, e incluso un atisbo de malestar, pues ya se había planteado (y aparentemente solucionado) el caso en el asunto Emesa Sugar y es un cauce que podría tener resultados nocivos (atacar al Abogado General para dilatar los procesos, o judicializar el funcionamiento interno del Tribunal, con unas consecuencias que no se sabe a dónde irían a parar). Sin embargo, Estrasburgo no cerró el asunto Kress con un visto bueno “total” al Abogado General del TJCE, sino que abrió las puertas a un futuro incumplimiento, reforzando esta postura en el asunto Frette. Si el señor Arben Kaba opta por acudir ahora al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es posible que la respuesta nos sorprenda a todos, incluido el TJCE.

TEXTO

El texto de esta sentencia puede consultarse en la página web del TJCE

Foro Constitucional Iberoamericano

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de marzo de 2003

Comentario de Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

Los últimos pronunciamientos del TJCE han vuelto a incidir en la **discriminación por razón de sexo** en las fuerzas armadas, concretamente en la Sentencia Dory (C-186/01, de 11 de marzo de 2003), que incorpora un contrapunto a las famosas Sentencias Kreil y Sirdar, sobre el uso de armas por parte de las militares alemanas. En Dory nos encontramos ante un ciudadano alemán que debe prestar el **servicio militar obligatorio**, contemplado, en el Derecho alemán, exclusivamente para hombres. Dory impugna la orden de incorporación a filas por considerarla contraria a la Directiva 76/207 de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción y a las condiciones de trabajo. La Sentencia es muy interesante, no por el resultado desfavorable a las pretensiones de Dory, lo cual era previsible, sino por el ejercicio de self-restraint que manifiesta a la hora de enjuiciar la organización de las **fuerzas armadas** de cada Estado miembro. En todo caso, sorprende el tono que emplea el Tribunal si se compara con el análisis tan intenso que llevo a cabo en las Sentencias Kreil y Sirdar, donde se ponía en duda nada menos que la propia Grundgesetz. En su argumentación final, el Tribunal cierra la resolución añadiendo lo siguiente:

“37. Pues bien, el Gobierno alemán ha alegado que, en Alemania, el servicio militar obligatorio tiene una importancia fundamental, tanto a nivel político como a nivel de organización de las fuerzas armadas. En sus observaciones escritas y en la vista ha indicado que la configuración de dicho servicio contribuía a garantizar la transparencia democrática del aparato militar, a fortalecer la cohesión nacional, a crear vínculos entre las fuerzas armadas y la población y a asegurar la movilización de los efectivos necesarios para sus ejércitos en caso de conflicto.

38. Esta elección, que se inscribe en la Grundgesetz, consiste en imponer a los hombres la obligación de servir a los intereses de la seguridad del territorio, aun cuando ello vaya, a menudo, en detrimento del acceso de los jóvenes al mercado laboral. De esta forma prima los objetivos de las políticas destinadas a fomentar la inserción profesional de los jóvenes.

39. La decisión de la República Federal de Alemania de garantizar parcialmente su defensa a través de un servicio militar obligatorio es la expresión de tal elección de organización militar a la que, consiguientemente, no se aplica el Derecho comunitario.”

Curiosamente, la organización interna de las funciones en las fuerzas armadas y el papel que se le atribuye a la mujer (Sentencias Kreil y Sirdar) sí entran dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

TEXTO

El texto de esta sentencia puede consultarse en la página web del TJCE:
Asunto C-186/01

UNIVERSIDAD · CARLOS III · DE · MADRID